Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät der Philipps-Universität
zu Marburg.

Der Gefahrübergang beim Kauf mit Eigentumsvorbehalt.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Hans Otto Schwarz
Gerichtsreferendar aus Siegen i. W.

Marburg 1934

Druck von Jakob Lemke, Siegen.

Als Dissertation von
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 24. Mai 1934.

Berichterstatter: Professor Dr. A. Manigk.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

I. Einleitung — — — — — — — — — — — 5

II. Rechtliche Natur des Kaufvertrages mit Eigentumsvorbehalt:

A. Seine juristische Konstruktion nach römischem und gemeinem Recht — — — — — — 6

B. Die juristische Konstruktion des Kaufs mit Eigentumsvorbehalt nach dem BGB. — — — — — — — — 8

III. Begriffsbestimmung und Wesen der Gefahrtragung 11

IV. Gefahrübergang beim Kauf mit Eigentumsvorbehalt nach römischem und gemeinem Recht — — — — 13

V. Gefahrübergang beim Kauf mit Eigentumsvorbehalt nach dem BGB:

1. Anwendung des § 446 BGB auf den Kauf mit Eigentumsvorbehalt — — — — — — 15

2. Auslegung des Begriffs „Uebergabe" im § 446 BGB. 17

3. Rechtfertigung des Gefahrübergangs beim Kauf mit Eigentumsvorbehalt mit der „Uebergabe" als Besitzverschaffung — — — — — — 27

I. Einleitung.

Der Gesetzgeber hat es unterlassen, die Gefahrtragung beim Kauf mit Eigentumsvorbehalt (in folgendem mit K. m. E. V. abgekürzt) zu regeln. Ueber die Beantwortung der Frage, wer bei einem solchen Kauf die Gefahr zu tragen hat, stehen sich zwei völlig voneinander abweichende Ansichten gegenüber. Nach der einen Meinung soll die Gefahr auf den Käufer erst mit dem nach vollständiger Zahlung des Kaufpreises eingetretenen Eigentumsübergang (Ansicht 1), nach der anderen schon mit der Uebergabe der Kaufsache an den Käufer (Ansicht 2), übergehen. Diese Meinungsverschiedenheit beruht auf der verschiedenen Deutung des Begriffes „Uebergabe" im § 446 Abs. 1 BGB, je nachdem man die Uebergabe i. S. einer Eigentumsverschaffung oder einer bloßen Besitzübertragung auffaßt.

Unsere Aufgabe soll es sein, den Begriff „Uebergabe" zu erläutern, den § 446 BGB auf den K. m. E. V. anzuwenden und damit eine juristisch schlüssige, aber auch wirtschaftlich gerechte und praktisch brauchbare Lösung für die Gefahrtragung beim K. m. E. V. zu finden. Dazu ist aber vorerst erforderlich, in kurzen Zügen sowohl den K. m. E. V. in seiner rechtlichen Natur und damit zugleich nach seiner geschichtlichen Entwicklung zu erläutern, als auch die Gefahrtragung in ihrer allgemeinen Regelung darzustellen.

Bei der Behandlung der rechtlichen Natur des K. m. E. V. soll zugleich zu zwei in letzter Zeit vielfach besprochenen Problemen Stellung genommen werden, nämlich erstens, wann der Verkäufer seinen vertraglichen Verpflichtungen nachgekommen, und zweitens, ob es mit dem Charakter eines K. m. E. V. vereinbar ist, daß an die Stelle der Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers dessen Verfügungsermächtigung tritt.

Um die Probleme anhand eines praktischen Beispiels erläutern zu können, soll folgender Fall eines typischen K. m. E. V. angenommen werden:

„Ein Kaufmann kauft einen Schrank für 300 Mark. Laut Vereinbarung mit dem Möbelhändler werden 100 Mark bei der Uebergabe des Schrankes, 100 Mark einen Monat nach der Uebergabe und der Rest von 100 Mark 5 Monate nach der Uebergabe gezahlt. Dem Möbelhändler verbleibt das Eigentum an dem Schrank bis zur erfolgten Bezahlung des gesamten Kaufpreises.

Der Schrank wird dem Kaufmann in bedungener Eigenschaft am 1. Februar 1933 übergeben, am selben Tage zahlt der Kaufmann 100 Mark. Am 10. Februar ist der Schrank bei einem Brande ohne Verschulden des Käufers gänzlich zerstört worden. Es fragt sich, ob der Möbelhändler die Zahlung des Restkaufgeldes, bezw. der Käufer die Rückzahlung der 100 Mark verlangen kann?

II. Rechtliche Natur des Kaufvertrages mit Eigentumsvorbehalt.

A. Seine juristische Konstruktion nach römischem und gemeinem Recht.

Verfolgt man die geschichtliche Entwicklung des Eigentumsvorbehalts, so kann man mit Sicherheit nur bis zum Anfang des 17. Jahrh. zurückgehen, wo zum ersten Male der Eigentumsvorbehalt als damals sog. pactum reservati dominii in deutscher Gesetzgebung auftaucht. Man hat anhand der verschiedensten Digestenstellen versucht, zu beweisen, daß auch den Römern das pactum reservati dominii schon bekannt gewesen sei. So erinnern einige Stellen des corpus juris an den Eigentumsvorbehalt, nämlich lex 17 Dig. 18,6; lex 20 § 2 Dig. 19,2; lex 21 Dig. 19,2; lex 13, § 2 Dig. 19,1; lex 38 Dig. 39,2; lex 20 Dig. 43,26; lex 3 Cod. 4,54.

Thorsch 1*) und andere 2*) behaupten, daß diese Stellen einen genügenden Beweis dafür lieferten, daß der Eigentumsvorbehalt, wenn auch nicht als pactum reservati dominii benannt, so doch dem römischen Recht bekannt gewesen sei. Gegen diese Annahme wandten sich schon W i n d s c h e i d 3*), D e r n b u r g 4*) und andere 5*). Letzterer Ansicht ist wohl beizupflichten. Aus den oben angeführten Stellen ergibt sich, daß dem Käufer zwar in manchen Fällen der Kaufgegenstand übergeben wurde. Dies geschah aber nicht in Erfüllung des Kaufvertrages, sondern auf Grund eines neben dem Hauptvertrage abgeschlossenen (Miet-)Vertrages, sodaß der Käufer bis zur Zahlung die Sache nur als Prekarist oder Detentor besaß. Auch widerspricht lex 13, § 2 Dig. 19,1 der gegnerischen Ansicht. Nach dieser gesetzlichen Vorschrift verschaffte die kaufweise Mancipation, wie auch die kaufweise Tradition dem Käufer nur dann das Eigentum an der Sache, wenn der ganze Kaufpreis bezahlt, sichergestellt oder gestundet war.

In den alten germanischen Quellen ist der K. m. E. V. noch nicht geregelt. Der Handel spielte sich noch in primitiveren Formen ab, bei denen der Barkauf die Regel und die Kreditierung noch fast völlig fremd war. Mit der Reception des römischen Rechts tauchte auch der Eigentumsvorbehalt in Deutschland unter dem Namen „pactum

1*) a. a. O. S. 42.
2*) Glück Bd. 16 S. 231 Anmerk. 49. — Gensler S. 291 – Exner S. 347. Anmerk. 18.
3*) a. a. O. S. 172 Anmerk. 19 a.
4*) a. a. O. Bd. 1 S. 448.
5*) Duncker S. 68 i. V. mit S. 172. – Müller S. 249. — Cohen S. 705.

reservati dominii" auf. Unter dieser Bezeichnung ist er zum ersten Male in der Kursächsischen Prozeßordnung (1622) zu finden. Später wird er dann im preußischen allgemeinen Landrecht 6*) geregelt. Im gemeinen Recht stand man auf dem Standpunkt, daß nach Abschluß des Kaufvertrages und Tradition der Kaufsache das Eigentum bei dem Verkäufer blieb, bis der Kaufpreis bezahlt worden war. Das Eigentum ging aber auf den Käufer über beim Kreditkauf. Stundete nämlich der Verkäufer den Kaufpreis, trotzdem er die Sache tradiert hatte, so war aus dem Verhalten der Parteien zu entnehmen, daß die Uebergabe dem Käufer Eigentum verschaffen sollte. Dies konnte der Verkäufer aber vermeiden, indem er mit dem Käufer das pactum reservati dominii abschloß. Dieses gab es nicht nur bei Mobilien, sondern auch bei Immobilien, im Gegensatz zur Regelung des BGB, wo es den Eigentumsvorbehalt nur bei Mobilien gibt.

Fraglich war im gemeinen Recht, ob der K. m. E. V. ein bedingtes Kaufgeschäft war oder nicht. Man wurde sich in der Praxis dahin einig, daß der obligatorische Kaufvertrag ohne Bedingung abgeschlossen würde, und daß der auf Grund des Kaufvertrages abgeschlossene Traditionsvertrag bedingt war. Das Reichsgericht 7*) ist der Auffassung beigetreten, „daß das pactum reservati dominii ein Nebenvertrag sei, welcher nicht dem Vertrage, worauf der Verkauf beruht, sondern dem der Tradition zugrundeliegenden Vertrage hinzugefügt wird, daß der Kaufvertrag unbedingt geschlossen und nur die Wirkung der Tradition bedingt wird."

Weiterhin war streitig, ob das pactum reservati dominii auf den dinglichen Traditionsvertrag wie eine auflösende oder eine aufschiebende Bedingung wirke. Vor allem Windscheid 8*) entschied sich für die Annahme einer auflösenden Bedingung, da es dem wahren Willen der Parteien nicht entspräche, wenn der Verkäufer bis zur Zahlung des Kaufpreises noch über die Sache verfügen könnte, und dagegen der Käufer kein Verfügungsrecht über die Sache erhalten solle. Für die aufschiebende Bedingung wurde vor allem von Dernburg 9*) und Duncker 10*) vorgebracht, daß man aus den Worten des pactum reservati dominii auf eine beabsichtigte aufschiebende Wirkung schließen müsse.

Eine Einigung über diese Streitfrage konnte nicht herbeigeführt werden. Dies beruht wahrscheinlich darauf, daß sich das pactum reservati dominii gewohnheitsrechtlich weitergebildet hatte und noch keine gesetzliche Regelung vorlag. Erst durch das BGB ist dieser Streit beendet worden.

6*) Buch I Titel 11 § 266.
7*) RGZ Bd. 7 S. 146 ff.
8*) a. a. O. I § 172 Anmerk. 18 a.
9*) Pandekten I § 215, 3.
10*) a. a. O. S. 81.

B. Die juristische Konstruktion des Kaufs mit Eigentumsvorbehalt nach dem BGB.

Im § 455 BGB heißt es, daß, wenn sich der Verkäufer einer beweglichen Sache das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten hat, im Zweifel anzunehmen ist, daß die Uebertragung des Eigentums unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises erfolgt, und daß der Verkäufer zum Rücktritt von dem Vertrage berechtigt ist, wenn der Käufer mit der Zahlung in Verzug kommt.

Aus Wortlaut und Sinn des Gesetzes läßt sich entnehmen, daß in tatsächlicher Hinsicht vorausgesetzt wird, daß die Parteien einen Kaufvertrag über eine bewegliche Sache abgeschlossen haben, jedoch mit der besonderen Abrede, daß sich der Verkäufer bis zur Zahlung des Kaufpreises das Eigentum an der Sache vorbehalte; ferner, daß der Verkäufer dem Käufer die Sache bereits übergeben und mit der im Verpflichtungsvertrage ausbedungenen Maßgabe übereignet, der Käufer jedoch den Kaufpreis noch nicht bezahlt hat.

In dinglicher Hinsicht ergibt sich aus § 455 BGB, daß der Verkäufer noch Eigentümer der Sache bleibt, da es ausdrücklich heißt, daß die Uebertragung des Eigentums unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises erfolgt. Durch den Vorbehalt des Eigentums behält der Verkäufer eine Sicherung für die ohne Preiszahlung gewährte Ueberlassung des Besitzes. Für den Käufer entsteht mit der Uebergabe eine Anwartschaft auf das Eigentum. Dies ist nicht nur eine Aussicht, sondern stellt ein gegenwärtiges Vermögensrecht wie wirtschaftlichen Wert dar.

Ob der zugrundeliegende Kaufvertrag unbedingt oder bedingt abgeschlossen worden ist, wird von der Literatur nicht übereinstimmend beantwortet. Die h. M., so Oertmann, Planck, Enneccerus, Staudinger usw. 11*) stehen auf dem Standpunkt, daß der Kaufvertrag unbedingt sei; nur das Eigentum solle nach der Vereinbarung der Parteien bedingt übergehen. Dagegen behauptet Fr. L e o n h a r d, 12*), daß der Kaufvertrag selbst bedingt, und zwar auflösend bedingt abgeschlossen worden sei, da man den Vorbehalt als Endbedingung ansehen müsse. Nach § 158 Abs. 2 BGB läge eine auflösende Bedingung überall vor, wo die Wirkung eines Rechtsgeschäfts mit dem Eintritt einer Bedingung endige. Dies sei auch beim Rücktritt der Fall. Aus dem Inhalt des § 455 BGB in Verbindung mit § 158 Abs. 2 BGB folge, daß der Verkäufer durch Ausübung des Rücktrittsrechts den Kaufvertrag auflösen könne.

Die h. M. gibt für ihre Auffassung keine überzeugende, ja sogar teilweise gar keine Begründung. Sie stützt sich anscheinend auf den

11*) in den Erläuterungen zu § 455 BGB.
12*) Besonderer Teil des Schuldrechts § 48 II.

ersten Teil des § 455 BGB, wo nur davon die Rede ist, daß die Uebertragung des Eigentums „aufschiebend bedingt" ist. Die h. A. findet auch eine Stütze in den Protokollen 13*) und Motiven. 14*) In letzteren heißt es: „Es ist davon auszugehen, daß der Vorbehalt jedenfalls den obligatorischen Vertrag nicht zu einem bedingten macht, diesen vielmehr unberührt läßt und lediglich das dingliche Rechtsgeschäft beeinflussen kann."

Hieraus ist aber keine Begründung zu entnehmen, weshalb der Kaufvertrag unbedingt abgeschlossen sein soll.

Die h. A. läßt sich nicht halten. Im § 455 BGB heißt es ausdrücklich, daß der Verkäufer zum Rücktritt berechtigt ist, wenn der Käufer mit der Zahlung in Verzug kommt. Dies muß man mit Leonhard als eine auflösende Bedingung ansehen; denn eine solche liegt nicht nur dann vor, wenn nach der Absicht der Parteien die Wirkungen bei eintretender Bedingung endigen sollen, so z. B., wenn der bestellte Nießbrauch erlöschen soll, sondern auch dann, wenn die Rechtswirkung, falls die Bedingung eintritt, als niemals vorhanden gewesen gelten soll. 15*) Gerade letzteres ist beim K. m. E. V. der Fall. Der Kauf soll als nicht geschlossen betrachtet werden, wenn der Käufer mit der Zahlung in Verzug kommt. Der K. m. E. V. befindet sich, solange der Käufer noch nicht ganz bezahlt hat, in einem Schwebezustand. Er ist aber während dieser Schwebe einstweilen wirksam. Es finden daher auch die Vorschriften über die auflösende Bedingung § 158 Abs. 2 BGB Anwendung. — Allerdings darf der Verkäufer nur im Rahmen des Kaufvertrages sein Rücktrittsrecht geltend machen, so z. B. erst, wenn der Käufer in Zahlungsverzug gekommen ist.

Die obligatorische Wirkung des K. m. E. V. besteht darin, daß der Verkäufer das Recht des Rücktritts vom Vertrage hat, sobald der Käufer mit der Zahlung in Verzug kommt (s. BGB §§ 284, 285, 346 ff., 357 ff.)

In letzter Zeit sind noch zwei Fragen hinsichtlich des K. m. E. V. in der Literatur und Praxis erörtert worden, so erstens, wann der Verkäufer seinen Verpflichtungen als Vertragspartei nachgekommen sei, und zweitens, ob der Verkäufer, anstatt seiner Eigentumsverschaffungspflicht nachzukommen, diese dadurch ersetzen könne, daß er dem Käufer die Ermächtigung gebe, über die Sache zu verfügen.

Was die erste Frage angeht, so steht die h. M. 16*) im Anschluß an das Reichsgericht 17*) und die Rechtsprechung des OLG Hamburg 18*) auf dem Standpunkt, daß bei einem K. m. E. V. der

---

13*) Protokolle II, 79 ff.
14*) Motive II, 319.
15*) so Enneccerus § 181 III 2.
16*) Jaffé a. a. O. § 13. — Brecht, Jherings J. 61. 297. – Jaeger KO 1931 zu § 17 Anm. 11 u. Zit. — Mentzel KO 1932 zu § 17 Anm. 2. Abs. 3 – Stulz a. a. O. S. 69. Anm. 205. — Asch Jur. R. 1933 S. 225 ff.
17*) RGZ 64. 204; 334; 66. 345; 83. 214; 85. 320; 95. 105; 133. 40; usw.
18*) OLG Hamburg JW. 1933. 1142, 16.

Verkäufer hinsichtlich der nach § 433 BGB erforderlichen Eigentumsübertragung seine Verkäuferpflichten noch nicht ganz erfüllt habe, während Rühl 19*) und Oertmann 20*) annehmen, daß der Kaufvertrag trotz des Eigentumsvorbehalts vom Verkäufer bereits erfüllt sei; denn der Verkäufer habe alles getan, was ihm zur Vertragserfüllung obliege. Der Eintritt des gesamten Rechtserfolges hänge allein vom Käufer ab, während der Verkäufer nichts mehr dazu tun könne.

Bei dieser Streitfrage ist von dem Inhalt des § 433 BGB auszugehen. Hieraus ist eindeutig zu entnehmen, daß zu den Begriffsmerkmalen eines Kaufvertrages die Pflicht des Verkäufers zur Eigentumsverschaffung gehört. Bei einem K. m. E. V. ist das Eigentum noch nicht übergegangen. Der Verkäufer hat sich für einen dem Käufer gewährten Kredit an dem Gegenstand durch den Vorbehalt des Eigentums gesichert. Er hat also dem Käufer noch nicht die rechtliche Herrschaft und Verfügungsmacht über den Kaufgegenstand verschafft. Dies bedeutet, daß er auch seinen Pflichten als Verkäufer i. S. des Gesetzes noch nicht nachgekommen ist. Auch wenn es meist so ist, daß es allein vom Käufer abhängt, daß er neben der tatsächlichen auch die rechtliche Herrschaft über den Gegenstand erlangt, so ändert dies nichts daran, daß der Verkäufer dem Käufer noch kein Eigentum verschafft hat.

Das OLG Hamburg 21*) hat sich mit Merkel 22*) dahin entschieden, daß vor allem bei einem Verkauf an Händler, und wenn es sich um Güter handle, deren Veräußerung „nur im regulären Geschäftsverkehr" zugelassen sei, die Normalpflicht des Verkäufers zur Eigentumsverschaffung dadurch ersetzt werden könne, daß der Verkäufer seinen Käufer ermächtige über den Gegenstand zu verfügen. Auf den gleichen Standpunkt stellt sich neuerdings auch Oertmann. 23*) Die h. M. 24*) hält diese Verträge für Kaufverträge und steht, wie schon oben ausgeführt, auf dem Standpunkt, daß die Kaufverträge allerdings noch nicht vom Verkäufer restlos erfüllt seien. Asch 25*) lehnt es ab, einen solchen Vertrag als einen Kaufvertrag zu bezeichnen. Er will einen derartigen Vertrag vielmehr als einen gemischten Vertrag und zwar als einen solchen mit „verschmolzenen Typen" 26*) ansehen. Der eine Typ sei der Geschäftsbesorgungsvertrag, der zweite ein Kaufvertrag. Ob diese Bezeichnung eines solchen Vertrages berechtigt ist, soll hier nicht weiter untersucht werden, da dies über den Rahmen der Arbeit hinausgehen würde. Es geht aber m. E. keinesfalls an, die Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers durch eine Ver-

19*) Rühl 1930 S. 157, 194, 204, § 48.
20*) Oertmann in Ehrenbergs Handbuch IV 428
21*) OLG Hamburg in Jur. Woch. 1933 S. 1142.
22*) Jur. Woch. 1930. 2088.
23*) im Recht 1933 Nr. 75.
24*) vgl. Kiesow Anm. 8 a zu § 4 VO. RGZ 64. 206; 336; 95, 105; 133, 40.
25*) in Jur. Woch. 1933 S. 225 ff.
26*) vgl. Staudinger Bd. 2 Teil 1 II. Abschn. 15 b S. 394.

fügungsermächtigung zu ersetzen. Sobald dies gestattet wird, kann man nicht mehr von einem K. m. E. V. sprechen, sondern der Käufer ist dann mit seiner Verfügungsermächtigung nur ausführendes Organ des Verkäufers, die Ware dem Verbraucher zuzuführen. Ein K. m. E.V. kommt doch meist nur in solchen Fällen in Frage, wo der Käufer die Sache bis zur Abzahlung behält und dann Eigentum erwirbt. Von diesem Augenblicke an kann er ja frei über die Sache verfügen. Auch im regelmäßigen Geschäftsverkehr ist es m. E. nicht notwendig, daß man den Eigentumsvorbehalt in eine Verfügungsermächtigung umdeutet. Entweder ist der Käufer in der Lage, den Kaufgegenstand zu Eigentum zu erwerben, und gebraucht ihn, solange er noch kein Eigentum daran hat z. B. als Werbemittel usw., oder er tritt nicht als Käufer auf, sondern nur als sog. Kommissionär, der im eigenen Namen, aber für Rechnung eines anderen handelt.

Die Natur des K. m. E. V. darf aber nicht verwischt werden. Ein solcher Vertrag ist noch in der Schwebe und damit noch nicht vollwirksam. Bei dem im BGB herrschenden Prinzip der Vertragsfreiheit kann jede Art von Verträgen abgeschlossen werden. Es ist aber nicht zulässig, die im BGB ausdrücklich geregelten und benannten Verträge umzugestalten und diesen dann dieselbe Bezeichnung zu geben, die sie bei einer ganz anderen Bedeutung im BGB haben. Wenn eine Partei nicht in der Lage ist, den ihr überlassenen Gegenstand demnächst als Eigentum zu erwerben und infolgedessen mit dem Partner den Vertrag dahin abgeschlossen hat, daß er als Bevollmächtigter die Verfügungsmacht über den Gegenstand habe, so darf sie sich eben nicht Käufer und den zugrundeliegenden Vertrag nicht K. m. E. V. nennen. Es liegt dann ein Vertrag besonderer Art vor, der Elemente verschiedener Verträge in sich schließt und mit A s ch als gemischter Vertrag bezeichnet werden kann.

Auch M ü l l e r e i s e r t 27*) lehnt die Ersetzung der Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers durch eine Verfügungsermächtigung ab. Er bezeichnet ein derartiges Vorgehen als Irrweg, schon dogmatisch betrachtet. Wenn die Rechtsprechung diesen Weg als gangbar zulassen würde, so würde damit der Auflösung des Vertragsrechtes Vorschub geleistet. Die Verfügungsermächtigung sei eine Zeiterscheinung, die einem durch die Krise vorübergehend bedingten Konkurrenzkampf die rechtlichen Waffen für die eine Seite liefere, nämlich für die Gläubiger, welche ohne dingliche Sicherheiten einem Schuldner über dessen Kraft gewährt hätten.

III. Begriffsbestimmung und Wesen der Gefahrtragung.

Wird ein Gegenstand, der sich in der Rechtssphäre nur einer Person befindet, durch irgendwelche Umstände verletzt oder geht er zugrunde, so hat diese Person naturgemäß den Schaden zu tragen,

27*) in Jur. Woch. 1933 S. 1235 f.

der durch das verletzende Ereignis eingetreten ist, mit a. W. sie trägt die Gefahr oder den Nachteil, der durch den zufälligen Untergang oder durch die zufällige Verschlechterung des Gegenstandes entstanden ist = das sog. periculum rei. Im BGB ist zwar eine derartige gesetzliche Regelung nicht getroffen worden. Sie ist aber auch nicht notwendig, ergibt sich vielmehr aus dem allgemeinen Grundsatz, daß der Eigentümer den Schaden zu tragen hat, der an seinem Eigentum zufällig entsteht. Es gilt hier uneingeschränkt der Satz: casum sentit dominus. Hiervon werden allerdings nicht die Fälle betroffen, welche das Gesetz durch besondere Gefahrtragungsbestimmungen regelt, oder wo ein Dritter durch einen Versicherungsvertrag sich verpflichtet hat, den Schaden auf seine Kosten zu beseitigen.

Es fragt sich nun, wer die Gefahr zu tragen hat, wenn mehrere Personen zu dem Gegenstand in rechtlicher Beziehung stehen. Liegt der Fall vor, daß zwei Personen Miteigentum an einer Sache haben, so ändert sich nichts an dem sog. periculum rei; denn beide müssen gemeinsam den Schaden tragen. Die Gefahrtragung ändert sich nur in dem Augenblick, wo mehrere Personen infolge eines Schuldverhältnisses zu dem Gegenstand in rechtliche Beziehung treten, so z. B. wo Eigentum auf Grund eines obligatorischen Verhälnisses von einem auf den anderen übertragen werden soll. Es fragt sich dann, ob mit der Uebertragung des Eigentums die Gefahr bei dem Schuldner bleibt, oder aber ob, und dann weiterhin auch wann sie auf den anderen übergeht. Es tritt damit der Gegensatz zum periculum rei, das von der Wissenschaft sogenannte periculum obligationis zu Tage. Bei letzterem handelt es sich um die Frage, wer in dem Vertragsverhältnis der Parteien den mit dem zufälligen Untergang oder der zufälligen Verschlechterung der Sache verbundenen Vermögensnachteil zu tragen hat.

Wer das sog. periculum obligationis zu tragen hat, hängt davon ab, ob es sich um ein einseitiges oder gegenseitiges Schuldverhältnis handelt. Der § 275 BGB regelt die Gefahrtragung beim einseitigen Schuldverhältnis. In unserer Bearbeitung interessiert jedoch nur die Gefahrtragung beim zweiseitigen Schuldverhältnis.

Nehmen wir zur Erläuterung den in der Einleitung angenommenen praktischen Fall.

Der Verkäufer ist hier seinen Verpflichtungen so, wie es der Vertrag vorschreibt, nachgekommen. Auch der Käufer hat seine Käuferpflichten, bei Uebergabe des Schrankes 100 Mark zu zahlen, erfüllt. Laut Vereinbarung hätte er am 1. Februar 1933 einen weiteren Betrag von 100 Mark und nach 5 Monaten den Restbetrag bezahlen müssen. Nach der ersten Zahlung geht aber nun am 20 Februar 1933 der Schrank ohne Verschulden des Käufers unter. § 433 BGB schreibt vor, daß der Verkäufer dem Käufer das Eigentum an dem Schrank verschaffen muß. Da dieselbe untergegangen ist, kann der Vertrag von seiten des Verkäufers nicht mehr erfüllt werden. Es liegt infolge-

dessen ein Fall der nachträglichen objektiven Unmöglichkeit vor; denn man kann dem Verkäufer als Schuldner nach Treu und Glauben nicht zumuten, die Leistung, dem Käufer Eigentum an dem Schrank zu verschaffen, noch zu bewirken. Die Unmöglichkeit ist ferner nach Entstehung des Schuldverhältnisses eingetreten; denn der Kaufvertrag war endgültig abgeschlossen worden. Zu untersuchen ist nun, wer den Schaden des zufälligen Unterganges des Schrankes zu tragen hat.

Von dem Zeitpunkt an, mit dessen Eintritt das Gesetz die Gefahr auf den Käufer übergehen läßt, schadet eine zufällige Verschlechterung bezw. der zufällige Untergang des Kaufgegenstandes dem Kaufpreisanspruch des Verkäufers nicht mehr. Den Schaden des Sachunterganges bezw. der Sachverschlechterung hat dann vielmehr der Käufer zu tragen, welcher durch die nun eingetretene Unmöglichkeit der Leistung des Verkäufers, nicht mehr von der ihm obliegenden Leistung — der Zahlung des Kaufpreises — befreit wird. Die Regeln vom Gefahrübergang beschäftigen sich somit mit der Frage, von welchem Zeitpunkt an die erwähnten Momente im obligatorischen Verhältnis des Käufers zum Verkäufer dem ersteren zum Nachteil gereichen, wann also das von der Wissenschaft genannte „periculum obligationis" den Käufer trifft.

Grundsätzlich wird bei gegenseitigen Verträgen die Frage danach, welchen Einfluß die Unmöglichkeit der Leistung des einen Teils auf die Verpflichtung des anderen Teils zur Gegenleistung hat, in den Gefahrtragungsbestimmungen des § 323 BGB geregelt. Für den Kauf gelten besondere Regeln in den §§ 446, 447 BGB. Sie bestimmen nicht, wer die Gefahr der Sache trägt. Dies bestimmt der allgemeine Grundsatz, daß der Sachverlust als solchen den Eigentümer trifft. Die Paragraphen regeln vielmehr, wen die nachteiligen Folgen treffen, welche der zufällige Untergang bzw. die zufällige Verschlechterung der verkauften Sache nach „Uebergabe" derselben auf den Kaufvertrag hat, oder wie Oertmann 28*) sagt, nicht die Leistungs- oder Schuldnergefahr, sondern die Preis- oder Gläubigergefahr.

„Der Käufer trägt die Gefahr" bedeutet dann, daß er trotz der durch das schädigende Ereignis verursachten gänzlichen oder teilweisen Unmöglichkeit der Leistung des Verkäufers den Kaufpreis voll entrichten muß, der „Verkäufer trägt die Gefahr" aber, daß er infolge des Gefahrenereignisses von seiner Leistungspflicht zwar frei wird, aber auch gleichzeitig den Anspruch auf den Kaufpreis verliert.

IV. Gefahrübergang beim Kauf mit Eigentumsvorbehalt nach römischem und gemeinem Recht.

Nach römischem Recht galt die Regel: „periculum est emptoris" Grundsätzlich trug also der Käufer die Gefahr. Hieraus folgt, daß die Gefahr prinzipiell sofort mit dem Abschluß eines gültigen Kaufs

---

28*) in den Erläuterungen zu § 446 BGB.

überging. In § 3 I de empt. 3, 23 wird scharf betont, daß zum Gefahrübergang der bindende Vertragsschluß genügt, daß mit diesem Augenblick sofort die Gefahr auf den Käufer übergeht und daß endlich deshalb die Tradition für den Gefahrübergang gleichgültig sei. Zum Vertragsschluß wird eine erschöpfende, genau bestimmte Vereinbarung über Zeit, Ort, Preis und Gegenstand des Kaufs gefordert, und es genügt nicht, daß beide Parteien nur gebunden sind. Unvollständig sind daher hauptsächlich der suspensiv bedingte Kauf, der Genuskauf, die emptio ad mensuram und der Kauf aus einer Masse heraus. Bei letzterem gilt demgemäß der Grundsatz: periculum est emptoris (bis zur Perfektion) nicht.

Eine besondere Regelung der Gefahrtragung für den K. m. E. V. konnte aber im römischen Recht nicht gut getroffen werden, da, wie oben dargelegt, nicht der Beweis erbracht ist, daß es im römischen Recht schon einen K. m. E. V. gab. Zieht man aus dem römischen Grundsatz, daß mit dem Abschluß des Kaufvertrages die Gefahr auf den Käufer überging, die Folgerung, so muß man, falls man auf dem Standpunkt steht, daß es im römischen Recht einen K. m. E. V. gab, annehmen, daß die Gefahr schon überging, bevor das Eigentum auf den Käufer übertragen worden war; denn der Abschluß des Kaufvertrages, nicht die Erfüllung desselben, war im römischen Kauf für die Gefahrtragung maßgebend.

Der Satz: periculum est emptoris herrschte auch im gemeinen Recht. Man hat aber seine Geltung nebst der Herkunft auf die verschiedenste Art und Weise zu erklären gesucht. Man stand einerseits auf dem römisch rechtlichen Standpunkt von dem Gefahrübergang bei Perfektion des Kaufvertrages, andrerseits auf dem Standpunkt, daß der Gefahrübergang an die Tradition zu knüpfen sei.

Nach der Rezeption des römischen Rechts wurde der Gefahrübergang für ein großes einheitliches Rechtsgebiet durchgeführt und zwar mit dem preußischen allgemeinen Landrecht. 29*) Hier ist die Uebergabe, und zwar ebenfalls ohne Entscheidung, ob nur im Falle des eigentumsübertragenden Effekts oder auch sonst, zum Gefahrübergang erforderlich.

Wer nun im gemeinen Recht beim K. m. E. V. die Gefahr zu tragen hatte, kann nach oben Gesagtem nicht schwer zu beantworten sein. Wenn der Käufer nach Abschluß des Kaufvertages auch für die Zeit, in welcher der Verkäufer den Gegenstand noch in seinem Besitze hatte, die Gefahr tragen mußte, so war diese Belastung für den Käufer viel erträglicher als beim gewöhnlichen Kauf; denn gerade diese „Zeitspanne" pflegt beim K. m. E. V. sehr kurz zu sein oder ganz fortzufallen, da der Sinn eines solchen Kaufs der ist, daß dem Käufer der sofortige Gebrauch des Gegenstandes verschafft wird, ohne daß er gleichfalls sofort seine Gegenleistung zu machen braucht.

29*) in Teil I Titel 11 § 95.

V. Gefahrübergang beim Kauf mit Eigentumsvorbehalt nach dem BGB.

1. Anwendung des § 446 BGB auf den Kauf mit Eigentumsvorbehalt.

Das BGB gibt für einen K. m. E. V. nur die Auslegungsregel des § 455 BGB, sagt aber nichts bezüglich der Gefahrtragung bei einem solchen Kauf. Es ist daher zu untersuchen, welche Vorschriften der Gefahrtragung auf den K. m. E. V. Anwendung finden, und zwar entweder die grundsätzlichen Gefahrtragungsbestimmungen im § 323 BGB oder die Spezialbestimmungen für die Gefahrtragung beim Kauf in den §§ 446, 447 BGB.

In den Urteilen des OLG Darmstadt 30*) und Hamburg 31*) findet sich für die Beantwortung dieser Frage der Hinweis auf die Motive. 32*) Dort heißt es, daß diese Frage der Wissenschaft und Praxis anhand der einschlägigen Vorschriften überlassen werden soll. Der Hinweis ist aber insofern unkorrekt, als die Motive an der angegebenen Stelle den Fall des bedingten Kaufvertrages behandeln. Beim K. m. E. V. haben wir es dagegen nach der h. A. mit einem unbedingten Vertrag zu tun. Ferner ist der Hinweis auf die einzelnen Vorschriften nicht überzeugend, da bei dem Schweigen des Gesetzes offen bleibt, wo diese Vorschriften zu suchen sind. Man könnte von einer Lücke des Gesetzes sprechen. Diese ist aber nur dann vorhanden, wenn die Frage nach der Gefahrtragung beim K. m. E. V. weder unmittelbar aus den Regeln über den Kaufvertrag, noch aus den allgemeinen Gefahrtragungsbestimmungen der §§ 275, 323 BGB, noch aus dem 1. Buch des BGB beantwortet werden könnte.

Aus der rechtlichen Konstruktion des § 455 BGB folgt aber, daß der K. m. E. V. alle Kennzeichen des in § 433 BGB dargelegten Kaufvertrages enthält; denn in § 455 BGB wird der Käufer wie in jedem anderen Kaufvertrage zur Zahlung und Abnahme, der Verkäufer zur Uebergabe der Sache zu Besitz und zur Eigentumsverschaffung verpflichtet. Es findet bezüglich der letzteren Erfüllungshandlung nur eine nebenvertragliche Abrede statt, die von dem vertragstreuen Verhalten des Käufers abhängig gemacht wird. Hieraus folgt, daß auch alle im Abschnitt über den Kauf gegebenen Bestimmungen insoweit auf den K. m. E. V. Anwendung finden, als sie nicht mit § 455 BGB in Widerspruch stehen. Wie sich aus dem Inhalt der Gefahrtragungsregeln beim Kauf, §§ 446, 447 BGB ergibt, ist dieses Erfordernis vorhanden.

Das BGB spricht in § 446 von der Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung. Eine Begriffsbestimmung

30*) Seuff. Arch. Bd. 63. S. 100.
31*) OLG Bd. 12, 53.
32*) Mot. Bd. II S. 324.

für den Zufall gibt das BGB nicht, sondern setzt ihn als bekannt voraus. Von einem zufälligen Ereignis spricht man gewöhnlich dann, wenn ein Umstand vorliegt, der von keinem Beteiligten des Schuldverhältnisses zu vertreten ist. Von einem Untergang und einer Verschlechterung kann nur dann die Rede sein, wenn die Sache durch ein Ereignis in schädlicher Weise körperlich verändert ist und „nach ihrem wirtschaftlichen Werte vernichtet oder herabgesetzt worden ist." 33*) Ein solcher zufälliger Untergang ist auch in unserem praktischen Falle vorhanden; denn, wie der Tatbestand besagt, wird der Schrank bei einem Brande ohne Verschulden des Käufers gänzlich zerstört.

Der § 446 BGB setzt ferner, wie aus seinem Inhalt und Sinn zu entnehmen ist, voraus, daß das Eigentum noch nicht auf den Käufer übergegangen ist. Die h. M. 34*) will § 446 BGB sowohl auf die Fälle anwenden, wo das Eigentum noch nicht übergegangen ist, als auch auf die, wo Besitz und Eigentum dem Käufer verschafft worden sind. Betrachtet man aber den Wortlaut des § 446 Abs. 2 und § 447 BGB, so ist hieraus zu entnehmen, daß auch in § 446 Abs. 1 von der Voraussetzung auszugehen ist, daß noch kein Eigentum übergegangen ist; denn in § 446 Abs. 2 BGB tritt die Gefahr für den Käufer schon vor der vollen Erfüllung mit der Grundbucheintragung ein, und in § 447 BGB muß der Käufer die Gefahr tragen, trotzdem er die Sache noch nicht in den Händen hat und damit nicht im geringsten auf sie einwirken kann. Der Inhalt des § 446 Abs. 1 BGB deutet ausdrücklich darauf hin, daß die Gefahr schon bei teilweiser Erfüllung, nämlich mit dem Akt der „Uebergabe", übergehen soll. M. E. ist daher aus § 446 Abs. 2 BGB und § 447 BGB klar zu entnehmen, daß auch in § 446 Abs. 1 BGB von der Voraussetzung auszugehen ist, daß noch kein Eigentum übergegangen zu sein braucht. Die Bestimmung des § 446 BGB wäre auch vollkommen überflüssig, wollte man für die Uebergabe Eigentums- und Besitzverschaffung verlangen; denn derjenige, der die rechtliche Verfügungsmacht und den Besitz an der Sache hat, muß auch die Gefahr der Sache tragen. Es ist nicht gut denkbar, daß die Preisgefahr, die doch im § 446 BGB geregelt wird, als mindere Gefahr nach der Eigentumsgefahr auf den Käufer übergehen soll. Eine ausdrückliche gesetzliche Befreiung war auch nicht notwendig, da jeder Eigentümer seinen Schaden tragen muß. Auch beim K. m. E. V. ist das Eigentum noch nicht auf den Käufer übergegangen; denn als dingliche Wirkung des § 455 BGB ergibt sich, daß der Verkäufer noch Eigentümer der Sache bleibt, da es ausdrücklich heißt, daß die Uebertragung des Eigentums unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises erfolgt.

Da somit § 446 BGB nicht im Widerspruch zu § 455 BGB steht, folgt hieraus, daß die Gefahrtragungsbestimmungen des § 446 BGB

33*) Planck I in Bem. 2 a zu § 446 BGB.

34*) so Kluckhohn a. a. O. S. 140. – Planck zu § 446 BGB. – Enneccerus Lehmann § 103 Anm. 3.

auch auf den K. m. E. V. Anwendung finden, und daß damit auch bei einem solchen Kauf die Gefahr mit der „Uebergabe" übergegangen sein kann.

2. Auslegung des Begriffs „Uebergabe" im § 446 BGB

Als Zeitpunkt des Gefahrübergangs wird nun im § 446 BGB die „Uebergabe" genannt.

Alle Anforderungen, welche der § 446 BGB an die Uebergabe stellt, müssen also erfüllt werden, damit die Uebergabe auf Grund des Kaufvertrages des § 455 BGB zur Gefahrübertragung befähigt ist.

Es fragt sich aber, ob die Uebergabe unter Eigentumsvorbehalt der Uebergabe des § 446 BGB gleichwertig ist?

Mit dieser Frage berühren wir den Kern des Streits über die Gefahrtragung beim K. m. E. V. Nach ihrer Beantwortung ergibt sich die Antwort auf die Frage, von wann ab der Käufer beim K. m. E. V. die Gefahr zu tragen habe ohne weiteres.

So lassen die einen die Gefahr erst übergehen, wenn der „Eigentumsübergang" stattgefunden hat. 35*) Dagegen lassen andere die Gefahr schon mit der „körperlichen Uebergabe" auf den Käufer übergehen. 36*)

Die Folgen aus den geäußerten Ansichten sind so verschieden, daß eine Untersuchung notwendig ist, welcher Meinung man sich mit Recht anschließen kann; denn versteht man unter Uebergabe die Eigentumsverschaffung, so muß man die Gefahr, ebenso wie für die Zeit zwischen dem Abschluß des Vertrages und der Uebergabe der Sache, so auch für die Zeit seit der Uebergabe bis zur endgültigen Uebereignung beim Verkäufer belassen. Da § 446 BGB auf den K. m. E. V. Anwendung findet, müßte also, weil der Verkäufer seine Verpflichtung nach § 433 BGB noch nicht erfüllt hat, dieser auch die Preisgefahr tragen (Ansicht 1).

Sieht man dagegen mit der h. M. 37*) (Ansicht 2) in der Uebergabe nichts weiter als die Verschaffung des Besitzes, der tatsächlichen Gewalt, so kann auch beim K. m. E. V., wenn die Sache während des Vorbehalts ohne Verschulden des Käufers bei diesem untergeht, der Verkäufer zwar auch nicht mehr seiner Pflicht zur Verschaffung des Eigentums nachkommen; er behält jedoch, da die Unmöglichkeit zur

---

35*) so z. B. Crome Bd. II § 213, 1 a S. 416. — Planck 3. Aufl. Bd. II § 446. anders in der 4. Auflage. — Oertmann 3. — 5. Aufl. Erl. 1 a zu § 446. — Titze Unmöglichkeit S. 256. — Titze Recht der Schuldverhältn. 1926. 93 — Heck Recht der Schuldverhältn. S. 259. — Dernburg II § 171, 2. und 3. Aufl. — Endemann I § 159 a Anm. 36. — Frey a. a. O. S. 32 – Lübbe a. a. O. S. 14.

36*) Staudinger 9. Aufl. zu § 446. — Planck 4. Aufl. zu § 446. — Staub 12/13 Aufl. Anh. zu 382 Anm. 45 — Dür. Hach. 3. Aufl. III, 75. Anm. 86 Enneccerus 28/30. Aufl. § 326, 2 a und 12. Bearbeitung § 103. — RGRK. Erl. zu § 446. — Cosack I § 122 II, 4 in Verb. mit § 130. — Martinius S. 65 Emerich S. 44.

37*) s. unten S. 32 zu 36.

Leistung auf einem Umstande beruht, den er nicht zu vertreten und dessen Gefahr der Käufer seit der Uebergabe zu tragen hat, den vollen Anspruch auf den Kaufpreis.

Die Anhänger der Ansicht 1, daß Uebergabe in § 446 BGB Eigentumsverschaffung bedeute, begründen ihre Meinung erstens damit, daß § 446 BGB keine Ausnahme von § 323 BGB sei. Der Inhalt der beiden Paragraphen sei gleichbedeutend, und § 446 BGB sei nur ein besonderer Ausdruck des § 323 BGB. Hieraus ergäbe sich, daß die Gefahr beim Untergang der Sache nur auf den Käufer übergehen könnte, weil und wenn diese Uebergabe die Erfüllung des Kaufvertrages enthalte. Zur Erfüllung gehöre aber, genau so gut wie die erste Verpflichtung des Verkäufers, die Uebergabe, auch die Eigentumsverschaffung. 38*)

Diese Ansicht findet eine gewisse Stütze in den Motiven 39*) und Protokollen. 40*). Hiernach sollte zuerst § 463 I 1 (jetzt § 446 Abs. I S. 1) als entbehrlich gestrichen werden, da er ja nur eine Wiederholung des § 368 I (jetzt § 323 BGB) enthalte. Doch sei der Paragraph beibehalten worden durch die Erwägung: „daß es wünschenswert erscheine, diese wichtige Bestimmung in konkreter Gestaltung bei einem so praktischen Institute, wie es der Kauf sei, besonders auszusprechen."

Gegen diese Begründung der Ansicht 1 spricht aber, daß die obigen Erwägungen nur während des Entstehens des BGB eine Rolle gespielt haben. Solche historische Vorgänge als Auslegungsmittel zu benutzen, ist meist bedenklich und trifft in unserem Falle besonders zu. Betrachtet man ferner die erwähnten Stellen der Motive und Protokolle, so ist dort deutlich zu ersehen, daß man sich wohl über den Unterschied zwischen Eigentumsübertragung und Uebergabe klar gewesen ist. Dies ergibt sich auch aus der Gestaltung des § 446, Abs. 2 BGB. Das Einfachste wäre gewesen, falls man wirklich die Uebergabe als eigentumverschaffende Uebergabe ansehen und den Grundgedanken des § 323 BGB noch besonders zum Ausdruck bringen wollte, daß man in § 446 Abs.1 BGB anstatt das Wort „Uebergabe" das Wort Uebereignung gesetzt hätte. Der Sprachschatz des Gesetzes ist groß genug, um die Gedanken deutlich hervortreten zu lassen. In § 440 Abs. 2 BGB wird außerdem ausdrücklich zur Bezeichnung der in (vertragswidriger) Erfüllung der Eigentumsverschaffungspflicht gemachten Uebergabe der Zusatz „zum Zwecke der Eigentumsübertragung" angewendet. Damit wird klar gesagt, daß sich die in § 440 Abs. 2 normierten Bestimmungen nicht etwa auf die Uebergabe der Sache schlechthin, sondern nur auf die zum Zwecke der Eigentumsübertragung gemachten Uebergabe beziehen soll. 41*) Offenbar hat man das Wort „Uebergabe"

38*) OLG Kolmar, OLG Band 24 S. 312. – Planck 3. Aufl. § 446. 2 a Titze a. a. O. S. 256 Anm. 2. — Frey a. a. O. S. 32. — Lübbe a. a. O. S. 14.
39*) vgl. Motive II S. 205/323.
40*) vgl. Prot. II S. 62.
41*) so auch Behlau a. a. O. S. 23 Anm. 1.

nur benutzt, um das entscheidende Gewicht auf den Besitzstand und nicht auf das Eigentum zu legen. Der Gesetzgeber ist im Interesse der Rechtssicherheit immer bestrebt, mit dem gleichen Wort auch den gleichen Sinn zu verbinden. Würde man der Ansicht 1 folgen, so hätte der Gesetzgeber mit demselben Wort „Uebergabe“ in § 446 Abs. 1 BGB einen anderen Sinn als in Abs. 2 und in § 433 BGB gebraucht, ferner hätte er aus § 929 BGB die Uebergabe herausgehoben und sie, die doch nur ein Mittel zur Herbeiführung des erstrebten Erfüllungserfolges ist, diesem letzteren begrifflich gleichgesetzt. Eine solche Verstümmelung des § 446 BGB hat aber der Gesetzgeber gewiß nicht beabsichtigt.

Aus alledem ist zu entnehmen, daß schon bei der Entstehung des Gesetzes die Absicht vorlag, in § 446 Abs. 1 BGB die Gefahrtragung auch schon mit der Uebergabe, gleich unmittelbare Besitzverschaffung, auf den Käufer übergehen zu lassen, und damit eine Spezialbestimmung für den Kauf gegenüber den allgemeinen Gefahrtragungsregeln des § 323 BGB zu geben; denn nach § 323 BGB trägt der Schuldner bis zur Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen die Gefahr. § 446 und § 323 BGB verhalten sich derart zueinander, daß § 446 BGB für den Kauf von Sachen nur den Zeitpunkt bestimmt, mit dem die Gefahr des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung auf den Käufer übergeht. Dagegen regeln sich auch für diese Fälle des des Kaufs die Wirkungen und für alle anderen Fälle auch der Zeitpunkt des Gefahrübergangs nach § 323 BGB 42*).

Vor allem steht O e r t m a n n 43*) in der 3./4. Auflage auf dem Standpunkt, es könne mit Rücksicht darauf, daß in den Fällen der §§ 930/931 BGB eine Uebergabe überhaupt nicht stattfände, unter der Uebergabe in § 446 BGB nur Eigentumsverschaffung verstanden werden.

Diese Begründung Oertmanns ist nach H e y e r 44*) wenig überzeugend, da man nicht die Ausnahmebestimmungen der §§ 930/931BGB dazu benutzen dürfe, um die vom Gesetzgeber im § 446 BGB gegebene prinzipielle Regelung der Gefahrtragung beim Kauf umzustoßen.

Wenn das Gesetz die Uebergabesurrogate in § 446 BGB nicht erwähnt, so ist zu untersuchen, ob hier eine solche Erwähnung überhaupt am Platze war. Der Käufer hat nach § 433 BGB den Anspruch auf Uebergabe und Eigentumsverschaffung. Nach § 854 BGB erfolgt die Uebergabe durch Einräumung der tatsächlichen Gewalt. Der Käufer kann daher eine derartig vollkommene Uebergabe verlangen und braucht sich gegen seinen Willen eine Erfüllung, die der Verkäufer nach §§ 930/870 BGB vornehmen will, nicht aufdrängen zu lassen, er kann vielmehr beides ablehnen und dadurch verhüten, daß die Gefahr der Kaufsache ohne Erlangung der tatsächlichen Gewalt auf ihn übergeht.

42*) so Planck 4. Aufl. zu § 446.
43*) in den Erl. zu § 446 I a.
44*) a. a. O. S. 30.

Erklärt er sich aber mit einer solchen Erfüllungshandlung einverstanden, so ist m. E. anzunehmen, daß er sich unter Verzicht auf die körperliche Uebergabe, mit dieser Art der Erfüllung des Veräußerungsvertrages begnügen will. In diesem Falle ist aber infolge der Erfüllung des Vertrages seitens des Verkäufers die Frage nach der Preisgefahr nicht mehr von Bedeutung. Infolgedessen kann auch diese Begründung von Oertmann unsere Auffassung des Uebergabebegriffs in § 446 BGB als Besitzverschaffung nicht beeinträchtigen.

Die Ansicht 1 wird ferner damit begründet, daß das Gesetz den Verkäufer einer Sache auch nach deren Uebergabe die Gefahr weiter tragen lasse, wenn er dem Käufer das Eigentum nicht verschafft habe. Dies zeige es in BGB § 440, so besonders Oertmann usw. 45*). Er behauptet, nach § 440 Abs. 1 und 2 a. E. BGB sei § 323 BGB auch nach der Uebergabe anwendbar; der Käufer könne sogar nach erfolgtem Untergang der Sache Schadensersatzansprüche gegen den Verkäufer geltend machen, wenn ihm die Uebergabe wegen eines Rechtsmangels des Verkäufers oder aus sonstigen Gründen das Eigentum nicht verschafft hatte.

Cosack 46*) lehnt diese Ansicht und ihre Begründung damit ab, daß die Haftung für Mängel im Recht als solche nichts mit dem Gefahrübergang zu tun habe. Aehnlich urteilt Behlau 47*), der sagt, daß § 446 BGB und § 440 BGB in keiner inneren Beziehung zueinander stünden. Der Verkäufer erhalte den Kaufpreisanspruch in den hier in Frage kommenden Fällen deshalb nicht, weil er seiner Verkäuferpflicht nicht genügt habe, aber nicht deshalb, weil die Sache untergegangen sei. Dies ersehe man am besten daraus, daß der Verkäufer seines Anspruchs auch dann verlustig gehe, wenn die Sache nicht untergegangen sei.

Dagegen steht Martinius 48*) auf dem Standpunkt, daß der Gesetzgeber dem Verkäufer, das, was er ihm in § 446 BGB mit der einen Hand gäbe, in § 440 BGB mit der anderen wieder nähme. Adler 49*) stellt nur fest, daß § 440 Abs. 2 BGB das Prinzip des § 446 BGB, nach dem die Gefahr mit der Uebergabe übergehe, durchbreche, daß diese Sonderbestimmung aber die geradlinige Bedeutung der Uebergabe zu Besitz für die Gefahrtragung im Regelfall jedoch nicht berühren könne, da solche Wirkung gegen jede ratio legis wäre. Er sieht in § 440,2 BGB das einzige wirkliche Gegenargument gegen die Annahme, daß nach § 446 BGB die Gefahr bereits mit der Besitzübergabe übergehen solle.

45*) Oertmann § 446 Anm. 1 a 3. — 5. Auflage — Frey a. a. O. 1906 S. 31. Lübbe a. a. O. 1907 S. 14, ähnlich Titze S. 256.

46*) a. a. O. S. 125 II.

47*) a. a. O. S. 22 ff.

48*) in Kohlers Arch. f. bürg. R. 17, S. 67 f.

49*) in JHR Bd. 72 S. 411.

Infolge dieser verschiedenen, teils Oertmanns Ansicht ablehnende, teils zustimmende Aeußerungen zu § 440 Abs. 2 BGB ist eine kritische Untersuchung der Beziehung zwischen den beiden Paragraphen unerläßlich.

Aus § 440 Abs. 1 BGB folgt, daß § 323 BGB nicht ausgenommen ist und daher auch für die Gefahrtragung Anwendung findet. Das Gesetz hat aber die Gefahrtragung beim Kauf besonders geregelt. Diese besondere Regelung ließe sich schwer mit dem § 440 BGB verbinden; denn sonst wäre der Inhalt des § 440 BGB sehr unübersichtlich geworden. Sie folgt daher in den §§ 446/447 BGB besonders nach. Der 1. Absatz des § 440 BGB steht daher unserer Ansicht, daß Uebergabe im § 446 BGB nur körperliche Uebergabe bedeutet, nicht entgegen.

Wenn nun der Käufer im § 440 Abs. 2 BGB den Schadensersatzanspruch auch dann hat, wenn die Sache untergegangen ist, so beruht dies nicht darauf, wie z. B. Lübbe 50*) anzunehmen scheint, daß der Verkäufer infolge des Untergangs seiner Pflicht zur Verschaffung lastenfreien Eigentums nicht mehr nachkommen kann, sondern darauf, daß der Schuldner, gleich Verkäufer, schuldhaft gehandelt hat. Für einen solchen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung aus § 440, Abs. 2 BGB ist daher Verschulden notwendig, welches darauf beruht, daß der Verkäufer seinen Verkäuferpflichten aus §§ 433/434 BGB nicht nachgekommen ist. Wenn nach § 446 BGB mit der Uebergabe zu Besitz auch die Gefahr auf den Käufer übergeht, und die Sache selbst dann untergeht, so ist hieraus aber doch nicht zu entnehmen, daß das den Grund der Ansprüche des Käufers aus der Nichterfüllung der Leistungspflicht bildende Verschulden konsumiert wird. Sollte man hiergegen einwenden, daß die Sache ja auch dann untergegangen wäre, wenn sie dem Käufer ohne Rechtsmangel übergeben worden wäre, so ist dies nur für den Umfang des Schadenersatzes bedeutend. Allerdings wird der Käufer dann nach dem zufälligen Untergang keinen Schaden nachweisen können. Es ist aber auch der Fall denkbar, daß er z. B. die Sache weiter verkauft hat, und infolgedessen dem Dritten den Schaden ersetzen muß, den er seinerseits vom Verkäufer verlangen kann.

Man muß m. E. grundsätzlich daran festhalten, daß die Gefahr mit der Uebergabe auf den Käufer übergeht. Auch wenn die Sache mit Mängeln behaftet ist, ändert sich nichts am Gefahrübergang. Will der Käufer in letzterem Falle den Schaden, den er durch den Zufall erlitten hat abwenden, so muß er seine bestehenden Rechte aus der Nichterfüllung oder Haftung des Verkäufers für Rechts- und Sachmängel geltend machen. Damit ist zugleich gesagt, daß es bis zur Ausübung der Rechte durch den Käufer dabei bleibt, daß der Käufer die wirtschaftlichen Nachteile tragen muß. Lübbes Ansicht, 51*) daß das bloße

50*) a. a. O. S. 14.
51*) a. a. O. S. 14.

Dasein von Rechten, deren Ausübung den Käufer von der Tragung des durch das Gefahrenereignis verursachten Schadens bewahren, die Gefahr trotz der Uebergabe der Sache zu Besitz auf den Käufer nicht übergehen lasse, ist also nicht korrekt. Sobald der Käufer von der Möglichkeit Gebrauch macht, die schädigenden Zufallswirkungen von seinem Vermögen durch Ausübung der ihm zustehenden Rechte abzuwenden, kann man daher schlecht davon sprechen, daß der Käufer den wirtschaftlichen Nachteil zu tragen hat. In diesem Augenblick der Geltendmachung der Rechte fällt somit die Wirkung der Gefahrtragung für den Käufer weg, weil eben das schädigende Ereignis nicht mehr sein Vermögen, sondern in Wirklichkeit das des Verkäufers trifft. Infolgedessen ist entgegen der Ansicht Oertmanns und seiner Anhänger 52*) § 440 BGB für die Auslegung des Uebergabebegriffs ohne Bedeutung.

Wie sich also aus dem Ausgeführten ergibt, ist die Ansicht, daß Uebergabe im § 446 BGB Eigentumsverschaffung bedeute, nicht überzeugend. Die einzelnen dort untersuchten Gegengründe sind m. E. so schwerwiegend, daß sie zur Ablehnung der Ansicht führen müssen. Es ist daher noch die Ansicht 2, die auf dem Standpunkt steht, daß unter Uebergabe im § 446 BGB nur Verschaffung des Besitzes zu verstehen sei, auf ihre Richtigkeit zu prüfen.

Außer den obenausgeführten Gegengründen zur Ansicht 1 läßt sich die h. M. 53*) begründen durch den Wortlaut des Gesetzes.

So spricht das Gesetz außer in den für den Kauf geltenden Bestimmungen von einer Uebergabe oder einem Uebergeben, z. B. in den §§ 688, 701, 703, 929, 1205, 1292, 1296, 2238, 2241 usw. In all diesen Fällen drückt es mit den Worten Uebergabe und übergeben die Herstellung von unmittelbaren Besitzbeziehungen zwischen einer Person und einer Sache aus. In der Bezeichnung des Gesetzes liegen also nur Geschehnisse oder Tätigkeiten rein tatsächlicher Natur. Dafür sprechen auch die Motive 54*). Dort heißt es, daß der Deutlichkeit halber im Entwurf der Ausdruck „Uebergabe“ stets nur gebraucht sei, wenn es sich um den Besitzwechsel handle. Nach § 854 BGB wird der Besitz durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben. Aus den Vorschriften über den Kauf finden sich auch keine Angaben, die entgegen allem sonstigen Gebrauch mit dem Wort „Uebergabe“ etwas anderes als die tatsächliche Besitzeinräumung ausdrücken. Aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt sich also, daß für den Gefahrübergang nur die Uebergabe zum Besitz verlangt wird.

Nach § 433 BGB ist der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum zu verschaffen. Damit ist in unbestreitbarer Weise ausgedrückt, daß dem Verkäufer zwei Hauptverpflichtungen obliegen, nämlich die Verschaffung der

---

52*) s. Martinius und Adler usw.

53*) z. B. vertreten von Staudinger zu § 446 — Warneyer § 446 — Dür. Hach. Bd. 3 S. 58. — Enneccerus § 326 — Emerich a. a. O. S. 35.

54*) Bd. 3 S. 91 und 334.

unmittelbaren tatsächlichen und die der vollen rechtlichen Gewalt. Würde die Uebergabe hier nicht als selbständige Hauptverpflichtung, sondern nur als Mittel und Form der Eigentumsübertragung gedacht sein, so würde sich die Formulierung des § 433 BGB als überflüssige Häufung gleichbedeutender Begriffe erweisen; denn in der Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung liegt natürlich auch die Verpflichtung zur Teilnahme an den dazu erforderlichen Uebereignungsakten. Wäre in dieser Bestimmung die Uebergabe für bewegliche Sachen im vorgenannten Sinne gedacht, dann hätte für Grundstücke auch die Verpflichtung zur Auflassung eigens ausdrücklich erwähnt werden müssen.

Ferner spricht das Wort „Uebergabe" in § 440 Abs. 2 BGB zweifellos dafür, daß darunter unmittelbare Besitzverschaffung zu verstehen ist. Eigentumsverschaffung kann nicht darunter verstanden werden, da gerade die Rechtbehelfe mangels Eigentumsverschaffung den Gegenstand gesetzlicher Regelung bilden. Aber auch Besitzkonstitut und Abtretung des Herausgabeanspruchs genügen nicht, 55*); denn sonst könnte das Gesetz nicht von einer „Herausgabe" an den Drittberechtigten bezw. von einer „Rückgewährung" an den Verkäufer sprechen. Der Zweck des § 440 Abs. 2 BGB ist doch schließlich die Verhütung, daß sich der Käufer gleichzeitig im tatsächlichen Genusse der Sache befindet und Gewährleistungsansprüche wegen Mangels im Recht erhebt.

Hier sei nochmals kurz auf § 446 BGB hingewiesen, wo im Absatz 1 von Uebergabe gesprochen wird, dagegen im Absatz 2 eine Unterscheidung zwischen Uebergabe und Uebereignung gemacht wird. Es ist doch ausgeschlossen, daß Uebergabe in ein und demselben Paragraphen einen verschiedenen Sinn haben soll; für unbewegliche Sachen — Besitzverschaffung, für bewegliche Sachen -- Rechtsverschaffung!

Auch der § 447 BGB kann uns ein Zeugnis für die Richtigkeit der h. M. sein; denn hieraus ergibt sich klar, daß im Falle des Versendungskaufes die Gefahr schon übergeht, wenn der Verkäufer alles das getan hat, was notwendig ist, um die Uebergabe zu vollziehen. Damit ist deutlich gesagt, daß die Gefahr auch in diesem Falle ohne Rechtsverschaffung auf den Käufer übergehen soll.

In den §§ 448, 449 BGB sind wieder scharf die Kosten der Uebergabe, also der Verschaffung der tatsächlichen Gewalt auf Grund des Kaufs (§ 448 „insbesondere des Messens und Wägens") und die Kosten der Rechtsverschaffung (§ 449 BGB) getrennt. Die Kosten der Verschaffung der tatsächlichen Gewalt trägt der Verkäufer, die Kosten der Rechtsverschaffung, die natürlich nur bei Grundstücken eine Rolle spielen können, — denn bei beweglichen Sachen ist ja der Eigentumsübergang eine natürliche Folge der Uebergabe — trägt der Käufer; so ist es wenigstens beim Sachkauf und beim Kauf eines Rechts an Grundstücken.

55*) u. a. z. B. Titze S. 272 Anm. 31.

Ferner kann der § 450 BGB nur die Uebergabe im besitzverschaffenden Sinne im Auge haben; denn wenn hier von Verwendungen des Verkäufers vor der Uebergabe, aber nach dem Uebergange der Gefahr die Rede ist, so ist hiermit vorausgesetzt, daß der Verkäufer überhaupt noch in der Lage ist, solche Verwendungen zu machen, daß er also noch im Besitz der Sache ist. . Der § 450 BGB hat offenbar die Fälle des § 446, Abs. 2 und § 447 BGB im Auge. Dies ergibt sich auch aus den Motiven 56*). Daher kann auch Uebergabe in § 450 BGB nur Besitzverschaffung bedeuten; denn sonst gäbe ja § 450 BGB in Verbindung mit § 446 Abs. 2 BGB keinen Sinn; würde er ja mit Einsetzung der Uebergabe i. S. der Eigentumsverschaffung lauten: „Wird der Käufer eines Grundstücks vor der Eigentumsverschaffung als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen!" usw.

Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes bietet einen weiteren Beweis dafür, daß unter Uebergabe die Verschaffung des unmittelbaren Eigenbesitzes auf Grund des Kaufs zu verstehen ist. 57*) Es ist ziemlich sicher, daß einer der Beweggründe für die Wahl der Uebergabe als Zeitpunkt des Gefahrübergangs der war, die Uebergabe sei bestimmt und geeignet, Eigentum zu übertragen. Sicher ist aber auch, daß die Uebergabe keineswegs lediglich als Form oder Mittel der Eigentumsübertragung gewählt wurde. Es ist aber zugleich erwogen worden, daß durch die Uebergabe dem Verkäufer die Möglichkeit genommen sei, die Sache zu überwachen, und daß ihm deshalb billigerweise nicht länger die Gefahr aufgebürdet werden könne. Es können Zweifel entstehen, ob die letzte Erwägung sachlich zu halten ist; denn Martinius 58*) macht dagegen nicht ohne Grund folgendes geltend: „Keinesfalls zieht auch sonst die obligatorische Pflicht zur Ueberwachung einer fremden Sache die Haftung für den Zufall ohne weiteres (ohne besonderes Garantieversprechen) nach sich, die bloße Möglichkeit der Ueberwachung sollte es noch viel weniger tun".

Vielleicht wäre es richtiger gewesen, darauf zu sehen, ob die Sache aus dem dem Verkäufer eigentümlichen Gefahrenkreis heraus und in den Gefahrenkreis des Käufers getreten ist. Es ist aber auf jeden Fall klar, daß nicht sowohl die Eigentumsverschaffung, sondern die Uebergabe wegen der damit verbundenen Verschaffung des unmittelbaren Besitzes und wegen ihrer natürlichen Bestimmung — der Eigentumsverschaffung — gewählt wurde. Die Verfasser des BGB waren sich aber dessen bewußt, daß die Uebergabe nicht in allen Fällen eine eigentumsverschaffende Wirkung haben kann, während die Wirkung der Besitzübertragung als einer Rechtshandlung immer von selbst eintritt. Es wurde aber keine besondere Bestimmung für die Ausnahmefälle der mangelnden Eigentumsverschaffung getroffen. Deshalb ist man aber noch lange nicht berechtigt, als selbstverständlich zu unterstellen, daß

56*) s. Bd. II S. 325.
57*) vgl. Mot. II S. 205 — 207; 322 — 324.
58*) a. a. O. S. 62.

§ 446 BGB nur die Uebergabe mit eigentumsübertragender Wirkung verstehe. Besonders war man dazu auch nicht mit Rücksicht auf die Zitate der Motive 59*) berechtigt, woraus mit Sicherheit zu entnehmen ist, daß das BGB mit dem Satze: „casum sentit dominus“ gebrochen hat.

Die Absicht der Verfasser des BGB bestand grundsätzlich darin, den Gefahrübergang an einen eindeutig in Erscheinung tretenden und leicht beweisbaren Akt zu knüpfen, dessen Sinn nicht noch von weiteren Vereinbarungen abhänge. Infolgedessen wurde die Uebergabe — ohne Nachprüfung, ob auch wirklich Eigentum verschafft worden sei — und bei Grundstücken außerdem noch die Auflassung —, als maßgebend erachtet.

Schließlich ist noch zu untersuchen, ob die nach der h. A. gegebene Auslegung des § 446 BGB auch dem Rechtsempfinden, dem Verkehr und der Billigkeit entspricht. Cosack 60*) steht auf dem Standpunkt, daß die in den §§ 446, 447 BGB getroffene Regelung eine „seltsam prinziplose“ sei und zweifelt daran, daß sich ein sie rechtfertigender Grund finden lasse. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Man muß bedenken, daß die Uebergabe auf Grund eines Veräußerungsgeschäftes stattfindet, und die Sache aus dem Machtbereich des Verkäufers tatsächlich entrückt ist und den Käufer zu ihrem Herrn macht. Infolgedessen ist der Käufer dadurch auch zugleich zum Herrn der Gefahr insofern geworden, als er einmal als Gewahrsaminhaber den Kreis der der Sache drohenden Gefahren nach Möglichkeit einschränken kann, er andrerseits aber auch infolge des Gebrauchs der Sache diese in neue Gefahrenlagen bringen kann. Wenn nun dem Käufer die Sache überlassen wird, damit er die Herrschaft über die Sache ausübe, so folgt daraus, daß ihm auch die Benutzung und infolgedessen auch die Nutzungen der Sache zukommen. Es ist nicht mehr wie recht, daß derjenige, der die Nutzungen bekommt und demnächst die volle rechtliche Verfügungsmacht über die Sache erhält, auch die Sache, die in seinem Bereich ist, und die er in seinem Interesse beaufsichtigen und vor Schaden schützen kann, hierüber die Gefahr trägt, d. h. im Falle des zufälligen Untergangs den Kaufpreis bezahlen muß, trotzdem er schließlich leer ausgeht. — Ferner muß man auch berücksichtigen, daß durch den Gefahrübergang dem Käufer die Ausführung seiner Rechte wegen Rechtsmängel unbenommen bleibt.

Fr. Leonhard 61*) bezeichnet mit Recht den im § 446 BGB für die Wirkung der Veräußerung zwischen Kaufabschluß und voller Uebertragung, Besitz- und Eigentumsübertragung festgesetzten früheren Zeitpunkt als „wirtschaftlichen Uebergang“, da die volle Erfüllung noch nicht gewährt sei, sondern nur ein wichtiger Teil davon. Diese Bezeichnung gibt genauer, als das Gesetz und die Wissenschaft es tun, an, wann die Wirkung der Veräußerung den Käufer treffen soll; nämlich

59*) Mot. Bd. II S. 323.
60*) Lehrb. § 122 I 2b 6. Aufl.
61*) Bd. II § 48.

in dem Zeitpunkt, in dem die Sache ihm wirtschaftlich zugänglich gemacht wird, und er den Nutzen an der Sache bekommt, d. h. also im Augenblick der Uebergabe als unmittelbare Besitzverschaffung.

Das Ergebnis der Untersuchungen ist also folgendes: Nach Wortlaut und Sinn des § 446 Abs. 1 BGB geht die Gefahr mit der Uebergabe als solcher über, d. h. mit der Verschaffung des unmittelbaren Besitzes. Der Gefahrübergang tritt ohne Rücksicht auf die rechtlichen Folgen der Uebergabe auch dann ein, wenn die Uebergabe eigentumsverschaffende Wirkungen nicht hatte. Daß die Uebergabe in einem solchen Sinne in § 446 Abs. 1 BGB zu verstehen ist, möge aber auch die Aenderung der Ansicht mehrerer früherer Gegner der h. A. zeigen. So hat sich Planck 62*) (in seiner 4. Auflage) eindeutig für diese Auslegung des Wortes „Uebergabe" bekannt, wohingegen Oertmann 63*) sich dahin entscheidet, daß es bei beweglichen Sachen darauf ankomme, ob der Verkäufer seine Vertragspflichten im wesentlichen erfüllt habe.

Nun heißt es aber im § 446 BGB ausdrücklich „Uebergabe der verkauften Sache". Hieraus ist zu entnehmen, daß das Gesetz verlangt, daß sich die Uebergabe als „Verkäuferleistung" darstellt. Da die Verpflichtung des Verkäufers in der Uebereignung der Kaufsache besteht, muß die Uebergabe „auch zum Zwecke der Eigentumsübertragung" erfolgen, d. h. sie muß dazu bestimmt sein, dem Käufer dauernde tatsächliche Herrschaft zu verschaffen und muß eine endgültige Hingabe der Sache sein. Zur Erläuterung möge das in der Einleitung wiedergegebene Beispiel dienen.

Wie sich aus dem Tatbestand des praktischen Falles ergibt, erfolgt die Uebergabe nur auf Grund des Kaufs und nicht etwa auf Grund irgend eines Nebenvertrags, wie etwa eines vorläufigen Mietvertrages. Da auch die dingliche Einigung vorliegt, ist die Uebergabe dazu bestimmt, dem Käufer das Eigentum an der Sache zu vermitteln. Wenn auch diese Einigung aufschiebend bedingt ist, so ändert sich doch nichts daran, daß die Uebergabe zu dem Zwecke erfolgen soll, Eigentum zu übertragen. Im Gesetz wird nicht verlangt, daß die Uebergabe zwecks gegenwärtiger Uebereignung erfolgen muß. Da nun der Schrank in das Eigentum des Käufers, sobald der Kaufpreis gezahlt ist, übergehen soll, ist die Uebergabe auch eine „endgültige". Der Käufer besitzt den Schrank nicht z. B. wie ein Verwahrer oder Mieter auf Zeit mit der Befugnis, nur einige Rechte des Verkäufers daran auszuüben 64*), sondern er soll die dauernde tatsächliche Herrschaft daran ausüben.

62*) Komm. z. BGB § 446.

63*) Komm. z. BGB § 446 5. Aufl.

64*) so Thorsch a. a. O. S. 21.

3. Rechtfertigung des Gefahrübergangs beim Kauf mit Eigentumsvorbehalt mit der „Uebergabe“ als Besitzverschaffung.

Da wir festgestellt haben, daß die Gefahrtragungsbestimmung des § 446 BGB auf den K. m. E. V. Anwendung findet, so müßte demnach auch bei einem solchen Kauf die Gefahr mit der Uebergabe, d. h. mit der unmittelbaren Besitzverschaffung des gekauften Gegenstandes auf den Käufer übergehen. Dies Ergebnis wird dagegen nicht nur von den Anhängern der Ansicht 1, die auf dem Standpunkt stehen, daß Uebergabe in § 446, Abs. 1 BGB Eigentumsverschaffung bedeute, bestritten, so vor allem Crome usw. 65*), sondern auch andere z. B. Cosack usw. 66*) lassen im Falle des K. m. E. V. den Verkäufer bis zur Zahlung des vollen Kaufpreises die Gefahr tragen, trotzdem sie die Uebergabe im § 446 BGB als Besitzverschaffung auffassen.

Würde man sich dieser Ansicht anschließen, so bedeutete dies für unseren angenommenen Fall, daß der Verkäufer sowohl die Eigentümer- als auch die Preisgefahr, also sowohl das periculum rei als auch das periculum obligationis, trägt. Sein geltend gemachter Anspruch auf Zahlung der restlichen 200 Mark entbehrte dann der rechtlichen Grundlage und wäre damit abzuweisen. Der Käufer würde dagegen mit seinem Anspruch auf Rückzahlung der gezahlten 100 Mark durchdringen, da er ja die Preisgefahr nach dieser Ansicht noch nicht zu tragen hätte. Er müßte sich allerdings nach den Regeln der §§ 812 ff. in Verbindung mit § 323 BGB das anrechnen lassen, was er durch die Benutzung des Schrankes für seine Zwecke erspart hätte, sodaß er in Wirklichkeit nur den um den ersparten Betrag verminderten Anspruch geltend machen könnte.

Dies Ergebnis der Ansicht 1 ist weder billig, noch entspricht es dem Rechtsempfinden. Auch die Begründung derselben ist m. E. nicht überzeugend.

Der Grund, daß Uebergabe im § 446 BGB als Eigentumsverschaffung auszulegen sei, und daß infolgedessen beim K. m. E. V. der Verkäufer die Gefahr tragen müsse, weil er den Vertrag noch nicht erfüllt hätte 67*), ist schon bei den Ausführungen über die Bedeutung des Wortes „Uebergabe“ im § 446 BGB als dem Gesetze widersprechend abgelehnt worden.

Endemann 68*) will den Verkäufer auch in § 455 BGB deshalb die Gefahr tragen lassen, weil sich dies erstens aus dem § 1

65*) Crome Syst. II 416, 2 a. — Lazarus a. a. O. S. 72 — Frey a. a. O. S. 33 — Lübbe a. a. O. S. 36 — Müller a. a. O. S. 64 — Oertmann 3. 4. Aufl. § 445 and. in d. 5. Aufl. — Planck 3. Aufl. Bd. II zu § 455 — Titze Unmögl. S. 257. (Die drei letzteren haben ihre Meinung zugunsten der h. A. in den letzten Auflagen geändert). So auch die Rechtsprechung in OLG Bd. 22, 210; 24, 321; 28, 121. RG 64, 336; 74, 129 (läßt die Entscheidung dahingestellt).

66*) Cosack 1926 § 183 II 3b Beisp. — Dernburg 3. Aufl. Bd. 2 § 171 Anm. 13.

67*) so RG 64. 336.

68*) a. a. O. § 59 Anm. 24.

des RAbzG ergäbe. Diese Begründung geht m. E. fehl; denn es braucht sich bei einem Abzahlungsgeschäft, auf das § 1 des RAbzG Anwendung findet, nicht immer um einen Kauf mit Eigentumsvorbehalt zu handeln. Im § 1 des RAbzG ist ferner nur von einem Vorbehalt des Rücktritts die Rede. Auch wird der Verkäufer im Falle des Untergangs der Sache sein Rücktrittsrecht nicht ausüben; denn ohne dies Rücktrittsrecht kann er ebenfalls jederzeit auf Zahlung klagen.

Wenn Endemann 69*) zweitens behauptet, die Uebergabe erfolge im § 455 BGB nicht zum Zwecke der Eigentumsübertragung, infolgedessen gehe auch die Gefahr nicht über, so ist dies unrichtig; denn mit der Zahlung des Kaufpreises geht ohne weiteres das Eigentum auf den Käufer über, und wäre die Uebergabe nicht zum Zwecke der Eigentumsübertragung erfolgt, so würde ja die Rechtswirkung des Eigentumserwerbs vollständig in der Luft hängen.

Das OLG Kolmar 70*) steht auf dem Standpunkt, daß für die Gefahrtragung beim K. m. E. V. die Frage nach dem Erwerb der Sache zu Eigenbesitz bedeutsam sei. Das Gericht kommt zur Verneinung des Gefahrübergangs auf den Käufer mit der Begründung, daß der Verkäufer mittelbarer Besitzer der Sache bleibe. Nach den Ausführungen des Gerichts muß es scheinen, als ob das Vorhandensein eines mittelbaren Eigentümerbesitzes den Eigenbesitz des unmittelbaren Besitzers notwendig ausschließe.

Dies ist m. E. nicht notwendig; denn weshalb sollen nicht beide Besitzarten an ein und derselben Sache neben einander denkbar 71*) sein. Die überwiegende Meinung 72*), die die Doppelnatur des Besitzrechtes des Käufers anscheinend nicht beachtet, lehnt allerdings den Eigenbesitz des Käufers deshalb ab, weil sie den Käufer nur auf Grund des schuldrechtlichen Vertrages besitzen läßt. Dagegen dürften wohl die Fragen nach dem mittelbaren Besitz des Verkäufers und des Eigenbesitzes des Käufers zu bejahen sein. Soweit der Besitz des Käufers als Wirkung des bedingten Eigentumsübertragungsvertrages in Frage steht, mittelt der Käufer nämlich nicht den Besitz des Verkäufers, sondern er besitzt die Sache, losgelöst von dem dem bedingten Uebereignungsvertrag zugrundeliegenden Kaufgeschäfte, kraft des abstrakten Eigentumsübertragungsvertrages aus § 929 BGB selbst.

Daß die Frage nach dem Eigenbesitz von so ausschlaggebender Bedeutung sein soll, ist m. E. nicht recht ersichtlich, da das vom OLG Kolmar für den Gefahrübergang aufgestellte Erfordernis der Uebergabe der Sache zu Eigenbesitz im Gesetz keine Grundlage findet, und auch jedes ersichtlichen Zweckes entbehrt. Die Bestimmungen des Sachenrechts besagen nirgends, daß der Eigenbesitz als eine selbständige

69*) so in Bd. I S. 279.
70*) in OLG Bd. 24 S. 321.
71*) so M. Wolff a. a. O. § 7 II.
72*) so z. B. Martinius a. a. O. S. 59/60. — Eccius in Gruch. Beitr. 41 S. 883.

Rechtsposition in dem Sinne, daß mit ihm allein ohne weitere Voraussetzungen rechtliche Wirkungen verbunden wären, in Erscheinung tritt. Der Eigenbesitz ist vielmehr lediglich eine juristische Hilfsposition, die erst in Verbindung mit besonderen Umständen von Bedeutung werden kann. So müssen z. B. sämtliche, insbesondere in den §§ 900, 927, 937 BGB vom Gesetz als „im Eigenbesitz befindliche" bezeichnete Personen in der Zeit ihres Eigenbesitzes der Eigentumsklage des Eigentümers weichen. Dagegen ist aber doch dem Käufer im Falle des K. m. E. V. sein Besitz schon während der Schwebezeit schuldrechtlich und dinglich gewährleistet. Hat aber danach der Letztere dem Veräußerer gegenüber während der Schwebezeit eine stärkere Stellung als jeder Eigenbesitzer einer Sache deren Eigentümer gegenüber, so fehlt es an einem Rechtsgrunde dafür, weshalb für den Gefahrübergang die Frage nach dem Erwerb der Sache zu Eigenbesitz bedeutsam und entscheidend sein soll.

Von den Anhängern der Ansicht, daß der Verkäufer bis zur Zahlung des Kaufpreises die Gefahr trage, wird weiterhin geltend gemacht, daß der Käufer keine rechtliche Verfügungsmacht über die Sache erhalte, er könne daher bei drohenden Gefahren den Schaden nicht durch Veräußerung der Sache von sich abwenden 73*). Diese rechtlichen Bedenken sind dadurch leicht zu beseitigen, wenn man von der Erwägung ausgeht, daß der Käufer die Sache nicht als „Verwahrer oder Verwalter" des Verkäufers besitzt, sondern im eigensten Interesse und mit der rechtlich gesicherten Möglichkeit, daß sich diese Interessen, die sich auf das Anwartschaftsrecht des Käufers stützen, im Augenblick des Eintritts der Bedingung in das des wirklichen Eigentümers umwandeln. Daß diese Möglichkeit, unbedingtes Eigentum zu erwerben, eintritt, hängt nur von dem Verhalten des Käufers ab. Das Anwartschaftsrecht des Käufers sichert und schützt nicht nur das künftige Eigentumsrecht, sondern zugleich auch den Kaufgegenstand vor allen schädigenden Ereignissen, nur nicht vor Zufall, den auch die beste Rechtsordnung nicht abwehren kann. Doch auch von dem durch Zufallswirkung drohenden Schaden kann sich der Käufer im Falle des K. m. E. V. bewahren. Sein Eigentumsinteresse an der Sache gibt ihm die Möglichkeit hinsichtlich der Kaufsache Versicherungsverträge abzuschließen. 74*)

Ein unbedingtes Verkaufsrecht zur Abwendung des drohenden Schadens hat der Käufer allerdings nicht; ein solches Recht würde ihm auch wohl kaum nützen, da er, wenn der Keim des drohenden Unterganges oder der Verschlechterung der Sache derselben bei Abschluß ds Vertrages, durch den die Sache weiter verkauft wird, bereits innewohnt, dem neuen Käufer wegen des Sachmangels verhaftet wäre und so den Schaden mit Wahrscheinlichkeit selbst tragen müßte.

73*) so vor allem Oertmann § 455 Anm. 6, 3. 4. Aufl. — Dernburg Bd. II. § 171 Anm. 13 OLG München in Seuff. Bl. f. Rechtsanw. Bd. 78 S. 335.

74*) so RG Bd. 74 S. 126.

Das OLG München 75*) tritt den Ausführungen Oertmanns zu § 455 BGB (3. u. 4. Auflage) bei und sagt dort, daß der Verkäufer den Vorbehalt in seinem Interesse beigefügt habe.

Bei dieser Begründung muß man vor allem in Erwägung ziehen, in welchen Fällen der Kauf mit Eigentumsvorbehalt am meisten praktisch wird. Dieses ist der Fall beim sog. Abzahlungsgeschäft, wie es ja auch in unserem angenommenen Falle ist; denn das Abzahlungsgeschäft den Schrank betreffend ist in der Art geschlossen worden, daß der Schrank dem Erwerber zur Benutzung übergeben ist, während der Preis in Teilzahlungen von bestimmter Höhe und in bestimmten Fristen entrichtet wird. Betrachtet man die Parteien bei einem solchen Abzahlungsgeschäft, so sind es meistens auf der einen Seite solche Personen, die ihre Ware absetzen müssen, damit ihr Geschäft blüht, die aber andrerseits nicht das Risiko eingehen wollen, ihr Gut ohne Sicherheitsleistung aus der Hand zu geben, auf der anderen Seite solche Personen, die geldarm, auf ihr geringes Wochen- und Monatsgehalt angewiesen sind, die keinen Personalkredit genießen und kaum Wertgegenstände besitzen.

Wenn nun bei einem solchen Geschäft der Verkäufer durch die Hinzuziehung des Vorbehalts des Eigentums dinglich gesichert ist, so kann man aber nicht von einer einseitigen Begünstigung des Verkäufers sprechen. Man wird sich vielmehr dahin zu entscheiden haben, daß der Vorbehalt weder bestimmte Vorteile auf der Seite des Verkäufers noch bestimmte Nachteile auf der Seite des Käufers hat, sondern daß er einen Ausgleich in der Art herbeiführt, daß der Verkäufer die Sache dem Käufer sofort übergibt, was er ohne Gegenleistung nicht brauchte, und daß der Käufer den Kaufpreis nicht sofort bezahlt, was er, wenn er die Sache haben wollte, müßte. Ein solcher Ausgleich wird auch in unserem angenommenen Falle geschaffen; denn würde jeder Teil den Kaufvertrag sofort erfüllt haben, so hätte ein Ausgleich in der Art stattgefunden, daß sich in dem Vermögen des Verkäufers 300 Mark, in dem des Käufers, statt der 300 Mark, der Schrank befunden hätte. Nun hatte aber der Verkäufer dem Käufer Ratenzahlungen gewährt und ihm den Schrank unter Eigentumsvorbehalt übergeben. Da der Käufer 100 Mark gezahlt hatte, hatte sich der Wert des Vorbehalts um dieselbe Summe gemindert. Der Wert der Anwartschaft des Käufers war dagegen von 0 Mark auf 100 Mark gestiegen.

Hieraus ist zu ersehen, daß der Vorbehalt eine Verschiebung der wirtschaftlichen Werte nicht herbeiführt, und daß er in Wirklichkeit im Interesse beider Parteien entsteht, indem er dem Verkäufer dingliche Sicherheit und dem Käufer den Genuß der Kaufsache ohne volle Barzahlung verschafft.

75*) in Seuff. Bl. f. Rechtsanw. Bd. 78 S. 335.

Wie aus dem Ausgeführten zu ersehen ist, entbehrt also die Ansicht, daß auch beim K. m. E. V. der Verkäufer bis zur Eigentumsverschaffung die Gefahr trage, jeglicher rechtlicher Grundlage und läßt sich daher nicht halten.

Hatten wir schon in § 446 Abs. 1 BGB die Bezeichnung „Uebergabe" als unmittelbare Besitzverschaffung gedeutet und daraus die Folge gezogen, daß beim Kauf der Käufer mit der Uebergabe die Gefahr trage, so werden wir auch beim K. m. E. V. zu diesem Ergebnis kommen müssen, so auch die h. M. 76*). Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich m. E. nicht nur daraus, daß „Uebergabe" im § 446 BGB Besitzverschaffung bedeutet, und aus den oben ausgeführten Widerlegungen zu der Ansicht, daß der Verkäufer auch im Falle des K. m. E. V. die Gefahr trägt, sondern vor allem aus den unhaltbaren und unbilligen Folgen, die sich ergeben würden, wenn man beim K m. E. V. die Gegenmeinung für richtig ansehen würde.

Betrachten wir zunächst diese Folge bei den Gewährleistungsansprüchen. Der § 459 BGB wird verschieden ausgelegt. Welche Ansicht mit Recht mit dem Wortlaut des Gesetzes in Einklang steht, ist hier nicht zu untersuchen, da die Folgen jedesmal gleich unhaltbar sind. Legt man § 459 BGB so aus, daß erst mit dem Gefahrübergang die Gewährleistungsansprüche entstehen 77*), so käme man zu dem eigentümlichen Ergebnis, daß der Käufer einer Sache, an der ihm der Eigentümer das Recht nicht hat verschaffen können oder sollen, die Gewährleistungsansprüche wegen Mangelhaftigkeit der Sache versagt sind. Soll ferner die Gewährleistungsklage nach § 459 ff BGB abgewiesen werden, wenn sich im Laufe des Prozesses herausstellt, es sei Eigentum nicht verschafft worden; oder soll der Eigentumserwerb an der mangelhaften Sache zur Begründung der Wandlungs- oder Minderungsklage gehören?

Legt man dagegen § 459 BGB so aus, daß auch schon vor der Uebergabe diese Ansprüche geltend gemacht werden können, und daß diese Gesetzesbestimmung nur die bereits mit dem Vertragsschlusse entstandene und für die Zwischenzeit fortdauernde Haftung begrenzt 78*), so ergäbe sich hieraus, daß, da Eigentum nicht verschafft wurde, die Gefahr also nicht übergehen konnte, der Verkäufer nach § 459 BGB für alle Mängel der verkauften Sache, die bis zum Gefahrübergang

---

76*) Staudinger 9. Aufl. zu § 455 BGB — Planck 4. Aufl. zu § 455 BGB Enneccerus 28/30. Aufl. § 341 u. 12 Bearb. — Kohler 1906 II 1 S. 249 § 118. Staub Anh. zu § 382 Anm. 67, 12/13. Aufl. — Stern a. a. O. S. 95. — Jaffé a. a. O. S. 52 ff. — Heyer a. a. O. S. 33 — Eckhard a. a. O. S. 77 — Ziegler in JW. 1910 S. 798. — Kisch a. a. O. S. 67. — Kahn im „Recht" 1905 S. 546. RGZ. Bd. 85 S. 320. — OLG. 8. 445; 13. 409; 24. 322. — Seuff. Arch. 62, 59; 63, 100; — Pudor in JW. 1905 S. 566. — Emerich a. a. O. S. 44. Behrens a. a. O. S. 41. — Behlau a. a. O. S. 44.

77*) so Staudinger zu § 459 BGB — Düringer Hachenburg III S. 73, 81. Fischer in Jahrb. d. Dogm. 51, 224 usw.

78*) so Oertmann 5. Aufl. zu § 455. — Crome Syst. S. 459. — Enneccerus § 331 Anm. 8. — Endemann § 161 Anm. 40.

eintreten, haftbar wäre, wenn sie nur nicht auf sein eigenes Verschulden zurückzuführen sind. Es ist klar, daß eine Sache, die bei der Uebergabe tadellos war, mit der Zeit einmal mangelhaft werden kann (man denke nur an Sachen, die täglich benutzt werden); aber auch, wenn die Sache nach jahrelangem Gebrauch durch die ordnungsmäßige Benutzung Mängel erlitten hat, macht der Käufer noch immer mit Erfolg den Wandlungs- und Minderungsanspruch wegen dieser Sachmängel geltend, trotzdem der Verkäufer den Kaufpreis nicht sofort erhalten hat, und der Käufer sich vielleicht in ungestörtem Genuß der Sache befand! (§ 440 Abs. 2 BGB).

Diese Folgen sind noch unerträglicher, wenn man die gegnerische Ansicht auf § 459 Abs. 2 BGB anwendet, da dann bei der ersteren Auslegung des § 459 BGB das Garantieversprechen vollständig in der Luft hängen würde; denn je längere Zahlungsfristen der Verkäufer bewilligt, desto länger haftet er aus seinen Zusicherungen.

Ein ebenso unannehmbares Ergebnis ergäbe sich dann aus der Rechtslage der Nutzungen; denn es ist ganz klar, daß der Käufer immer Eigentümer der gezogenen Früchte wird (955 BGB). Trotzdem soll aber das BGB wieder auf dem Standpunkt stehen, daß er im Falle des K. m. E. V. verpflichtet ist, die gezogenen Nutzungen an den Verkäufer wieder herauszugeben?

Nach § 477 BGB verjähren ferner die Gewährleistungsansprüche in 6 Monaten von der Ablieferung ab. Sollte die Sache immer noch nicht „abgeliefert" sein, wenn nur Eigentum noch nicht verschafft worden ist? Dies ist beim K. m. E. V. immer der Fall. Die Verjährung des Wandlungsanspruches hat dessen Entstehung und diese wieder den Gefahrübergang (so nach der 1. Auslegung des § 459 BGB, vertreten von der h. M.), letzterer aber nach der Lehre der gegnerischen Ansicht wieder Eigentumsverschaffung zur Voraussetzung!

Ferner hätte beim Kauf von nur der Gattung nach bestimmten Sachen, an der sich der Verkäufer das Eigentum nach § 455 BGB vorbehielt, der Käufer das Recht, — von dem die Parteien eines Abzahlungsgeschäftes, wie in unserem angenommenen Falle, weniger erbaut sein würden — falls nur noch ein kleiner Restbetrag des Kaufpreises noch nicht bezahlt wäre, und die Sache durch die tägliche Ausnutzung fast wertlos geworden wäre, nach § 459 BGB mit § 480 BGB an Stelle der nun mangelhaften eine mangelfreie zu verlangen!

Als letztes seltsames Ergebnis möge die Folge aus § 483 BGB dienen. Hiernach beginnt die Gewährfrist, die absichtlich kurz bemessen ist, mit dem Ablauf des Tages, an dem die Gefahr auf den Käufer übergegangen ist. Die Mängelhaftung beim Tierkauf ist so ausgestaltet, daß dem Verkäufer nicht nur zweifelsfreie Gewißheit verschafft werden soll, für welche Fehler er haftet (§ 482 BGB), sondern insbesondere auch darüber, wie lange er haftet. Konnte aber Eigentum nicht verschafft werden, so geht ja wieder die Gefahr nicht über, die Gewährfrist beginnt folglich nicht zu laufen, die Haftung für die Hauptmängel besteht nur

auf dem Papier. Beim K. m. E. V. beginnt also die Gewährfrist hiernach erst mit der vollständigen Zahlung des Kaufpreises. Der Tierkauf würde damit zu einem gewagten Geschäft; denn wie soll der Verkäufer mit einiger Sicherheit eine Haftung dafür übernehmen können, daß sich nicht in der Zwischenzeit doch Hauptmängel einstellen? Der Sinn des § 483 BGB, die Haftung auf gewisse Fehler einzuschränken, und zwar auf eine ziemlich kurze Zeit, würde nicht erfüllt, wenn man die Ansicht vertritt, daß der Verkäufer auch beim K. m. E. V. die Gefahr bis zur vollen Zahlung des Kaufpreises trägt.

Alle diese wiedergegebenen Folgen lassen unsere wiederholte Behauptung, die Uebergabe nach § 446 Abs. 1 BGB sei nicht Eigentumsübertragung, sondern Besitzverschaffung. als ganz sicher und unbestreitbar erscheinen, und zeigen uns, daß auch beim K. m. E. V. die Gefahr mit der Besitzübertragung auf den Käufer übergehen muß.

Betrachten wir nun die Gefahrtragung beim K. m. E. V. weiterhin vom Standpunkt der Billigkeit, so werden wir zu dem Ergebnis kommen, daß das Gesetz den Gefahrübergang mit der „Uebergabe" der verkauften Sache praktisch und billig geregelt hat. Dies sagen uns nicht nur die Erwägungen darüber, daß der Käufer die Nutzungen der Sache für sich behalten darf, und daß der Vorbehalt sowohl im Interesse des Käufers als auch des Verkäufers steht, sondern vor allem der Umstand, daß der Verkäufer kaum in der Lage ist, die im Gefahrenkreis des Käufers befindliche Sache zu schützen und geeignete Sicherheitsmaßnahmen zu treffen. Im Gegenteil; in den meisten Fällen ist nur der Käufer als unmittelbarer Besitzer und Beherrscher des Kaufgegenstandes allein in der Lage, die notwendigen Maßnahmen für die Erhaltung zu veranlassen, und damit dafür Sorge zu tragen, daß der gekaufte Gegenstand sich weder verschlechtert noch untergeht. Würde man anders entscheiden, so käme man, wie oben ausgeführt, zu teilweise ganz unmöglichen Lösungen.

Ein Vergleich mit fremden Rechtsordnungen zeigt, daß nach vielen Gesetzen die Gefahr auch bei noch nicht voller Erfüllung von seiten des Verkäufers trotzdem auf den Käufer übergeht 79*). Die Gesetzgeber aller dieser Rechtsordnungen haben sich demnach eindeutig auf den Standpunkt gestellt, daß es recht und billig sei, dem Käufer die Gefahr auch beim K. m. E. V. mit der Uebergabe des Kaufgegenstandes aufzuerlegen, trotzdem der Leistungserfolg, nämlich die Eigentumsverschaffung, noch nicht in vollem Umfang eingetreten ist.

Nur die Rechtsprechung des oesterreichischen Obersten Gerichtshofes weicht von der Regelung der verschiedenen fremden Rechtsordnungen ab, indem sie beim K. m. E. V. den Verkäufer die Gefahr tragen

79*) so im schweizerischen R. Art. 185 OR. ferner c c 1138 und 1583; c c it 1125 und 1448 — Sale of Goods Act, § § 17, 19 — Uniform Sales Act § § 18, 19 und 22. — Sowjet ZGB §§ 66, 186 (s. Rühl S. 199).

läßt 80*). Rühl 81*) sagt hierzu mit Recht, „daß sich diese Urteile, auf denen sich die spätere Rechtsprechung und die Stellungnahme der Instanzgerichte aufbaut, auf § 1311 ABGB stützen, eine Vorschrift, welche aber lediglich das periculum rei im Auge hat.“ Würde die oesterreichische Rechtsprechung den Unterschied zwischen periculum rei und obligationis genau durchführen, so würde sie wohl auch zu dem gerechten und billigen Ergebnis der übrigen Rechtsordnungen kommen.

Gerade die unhaltbaren Folgen der gegnerischen Ansicht und die dem Rechtsleben und der Billigkeit entsprechende Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen des Gefahrübergangs beim Kauf sind gewiß der Anlaß dafür gewesen, daß vor allem Oertmann 82*) sich beim K. m. E. V. für den Gefahrübergang auf den Käufer entschieden hat. Er steht allerdings auch noch in der letzten Auflage auf dem Standpunkt, daß der Verkäufer in dem Fall die Gefahr trägt, wo die Uebergabe dem Käufer das Eigentum noch nicht verschaffen „kann“ und beweist dies mit dem Wortlaut des § 440 Abs. 2 BGB; dagegen soll nach ihm die Gefahr dann aber schon auf den Käufer übergehen, wenn die Uebergabe ihm kein Eigentum verschaffen „soll“. Letzteres begründet er damit, daß der Verkäufer in einem solchen Falle seine Vertragspflichten erfüllt habe; denn neben der körperlichen Uebergabe sei die Einigung auch vorhanden, wenn auch zunächst nur bedingt.

So führt Oertmann 83*) zutreffend aus: „— — — — Es liegt näher, dem die Gefahr aufzubürden, der die Sache in Händen hat, also zur Abwehr der Gefahr am besten berufen und in der Lage ist. Gewiß hat der Verkäufer den Vorbehalt seinetwegen beigefügt, aber der Käufer hat die Sache doch in seinem Interesse gekauft und sich übergeben lassen. Und wenn der Käufer wegen des mangelnden Eigentums über die Sache nicht weiter verfügen, die Gefahr nicht abwälzen kann, so ist doch auch der Verkäufer wenigstens schuldrechtlich und tatsächlich entsprechend gehemmt.“

Titze 84*) steht grundsätzlich auf dem Standpunkt, daß „Uebergabe“ in § 446 BGB Eigentumsverschaffung bedeutet. Beim K. m. E. V. will er dagegen die Gefahr schon mit der Uebergabe übergehen lassen, da der Verkäufer nur bedingtes Eigentum zu übertragen brauche, und es mit dem Sicherungszweck des Eigentumsvorbehalts unvereinbar sei, den Verkäufer noch die Gefahr tragen zu lassen.

Auch die übrigen Gegner der h. A. werden sich dieser Auffassung, daß man wenigstens beim K. m. E. V. den Gefahrübergang dann annehmen muß, wenn auf Grund des Kaufs die Uebergabe stattgefunden hat und bedingtes Eigentum übertragen worden ist, nicht verschließen können, wenn sie eine scharfe Unterscheidung treffen zwischen „Lei-

---

80*) Gl. U. NF. Nr. 6066, 1912 und Nr. 7214, 1913.
81*) a. a. O. S. 200.
82*) Kommentar Erl. zu § 446.
83*) in Ehrenbergs Handbuch IV S. 428.
84*) Recht d. Schuldv. 2. Aufl. S. 93.

stungshandlung“ und „Leistungserfolg“. Diese Trennung ist heute allgemein üblich 85*). Hierdurch wird die Möglichkeit geboten, die Gefahrtragungsregeln des § 446 BGB in die allgemeinen Regeln über dieses Problem einzuordnen. Rühl 86*) sagt mit Recht, „daß der Grundgedanke des § 323 BGB der sei, daß der Schuldner solange die Gefahr tragen müsse, bis er die ihm obliegenden Verpflichtungen erfüllt habe, d. h. er seinen Leistungshandlungen nachgekommen ist.“ Diese Leistungshandlungen erstrecken sich laut Vertrag nur auf die Uebergabe und die bedingte Uebereignung. Der notwendige Leistungserfolg, den der Verkäufer nach § 433 BGB herbeiführen muß, ist von ihm soweit hergestellt, daß er seinerseits nichts mehr in dieser Beziehung zu tun braucht. Der vollständige Erfolg hängt nur noch vom Verhalten des Käufers ab, der die Sache auf Grund des Kaufvertrags dauernd behalten soll. Unter Berücksichtigung dieser Umstände wäre es unrecht, den Verkäufer noch weiter die Gefahr tragen zu lassen.

Sollten wirklich Härten für den Käufer entstehen, so werden diese durch die Vorschriften der §§ 281, 323 Abs. 2 BGB gemildert.

Zusammenfassend ist also zu sagen, daß das BGB beim Kauf den Gefahrübergang vor die vollendete Erfüllung des Vertrages gesetzt hat. Diese allein der Absicht des Gesetzes gerecht werdende Regelung der Gefahrtragung führt für den K. m. E. V. ohne Verletzung der berechtigten Interessen des Verkäufers wie des Käufers zu dem von Verkehr und Rechtsprechung angenommenen Grundsatz:

„Beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt geht die Gefahr mit der Uebergabe der Sache auf den Käufer über.“

85*) so Planck-Siber Vorb. III b 2 vor § 241 S. 20 — Oertmann, Vorbem. 5 vor § 241.

86*) a. a. O. S. 193.

Literaturverzeichnis.

A. Lehrbücher:

Cosack: Lehrbuch des deutschen Bürgerl. Rechts. 6. Auflage.

Crome: System des deutschen Bürgerl. Rechts 1902.

Dernburg: Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 2. 3. Aufl.

Endemann: Lehrbuch „ „ „ 8. 9. „

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 28. 30. Aufl. und 12. Bearb. I. 2.

Glück: Ausführliche Erläuterungen der Pandekten, Bd. 16. Erlangen 1814.

Heck: Grundriß des Schuldrechts 1929.

Kohler: Lehrbuch des Bürgerl. Rechts 1906.

F. Leonhard: Bes. Teil des Rechts der Schuldverh. Bd. II.

Titze: Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1926.

Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts 1906.

Wolff, Martin: Sachenrecht, 8. Bearb. 1929.

B. Kommentare.

Kiesow: Vergleichsordnung.

Mentzel: Komm. zur Konkursordnuug 1932.

Oertmann: Recht der Schuldverh. 3. 4. 5. Aufl.

Planck: Kommentar zum BGB 3. 4. Aufl.

Reichsgerichtsrätekommentar zum BGB 6. Aufl.

V. Staudinger's Kommentar zum BGB 9. Aufl.

Warneyer: „ „ „ 2. Aufl.

Staub: „ „ HGB 12. 13. Aufl.

Jaeger: „ zur Konkursordnung, 5. Aufl.

Düringer Hachenburg: Kommentar zum HGB 2. Aufl.

C. Einzelabhandlungen betr. den Gefahrübergang beim Kauf und Kauf mit Eigentumsvorbehalt.

Adler: Der Uebergang der Gefahr beim Handelskauf in Goldtschmidts Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 72 S. 387.
Allihn: Der Eigentumsvorbehalt nach § 455 BGB, Göttingen 1929.
Asch: In Jur. Rundschau 1933, 225 ff.
Brecht: Bedingung und Anwartschaft in Jher. Jahrb. 61, 265.
Behrens: Der Eigentumsvorbehalt nach § 455 BGB, Göttingen 1903.
Behlau: Der Uebergang der Gefahr beim Verkauf mit Eigentumsvorbehalt, Erlangen 1913.
Cohen: In Grünhuts Zeitschrift Bd. 21 S. 688.
Duncker: Im Rheinischen Museum für Jurisprudenz Bd. 5.
Eckhardt: Die Gefahrtragung beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt im Falle des § 455 BGB, Berlin 1914.
Emerich: Kauf- und Werkvertrag, 1899.
Exner: Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, Wien 1867.
Frey: Das pactum reservati dominii, Heidelberg 1906.
Fröhlich: Beitrag zur Lehre vom Gefahrübergang beim Kauf nach dem BGB, 1906.
Gensler: Im Archiv für Ziv. Praxis Bd. 2.
Hayer: Gefahrübergang im Falle des § 455 BGB, Berlin 1911.
Jaffe: Der Eigentumsvorbehalt beim Kauf, Leipzig 1910.
Kluckhohn: Der Uebergang der Gefahr beim bedingten Kauf und beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt, in Jher. Jahrb. Bd. 64 S. 114.
Lübbe: Die Regelung des Gefahrübergangs beim Kauf nach dem BGB. Leipzig 1907.
Lazarus: Das Recht der Abzahlungsgeschäfte, 1899.
Merkel: In Jur. Woch. 1930, 2088.
Müller: Die Gefahr beim bedingten Kauf, Breslau 1913.
Müllereisert: Eigentumsvorbehalt oder Verfügungsermächtigung in Jur. Woch, 1933 S. 1235.
Pudor: In Jur. Woch. 1905 S. 566.
Rühl: Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft 1930.
Stern, Siegfried: Die Gefahrtragung. Marburg 1910.
Stulz: Der Eigentumsvorbehalt.
Thorsch: Das pactum reservati dominii 1875.
Titze: Unmöglichkeit der Leistung nach dem BGB. 1900.

D.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen = RG.
Entscheidungen der Oberlandesgerichte = OLG.
Juristische Wochenschrift = JW.
Motive zum Entwurf des BGB.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs eines BGB.

Lebenslauf.

Am 5. Februar 1909 bin ich in Siegen i. W. als Sohn des Amtsgerichtsrats Hermann Schwarz und seiner Ehefrau Maria geb. Im Walle geboren. Nach Besuch der Volksschule meiner Vaterstadt absolvierte ich das Realgymnasium daselbst, das ich Ostern 1929 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Auf den Universitäten zu Marburg/Lahn, München und Münster i. W. midmete ich mich dem Studium der Rechte, beendete dies in Marburg/Lahn und bestand am 27. Mai 1933 am Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Staatsprüfung. Alsdann war ich 6 Monate am Amtsgericht Kirchhundem und seit dem 27. Dezember 1933 am Landgericht Siegen i. W. im Vorbereitungsdienst tätig.

Am 29. März 1934 bestand ich an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Marburg das Doktorexamen.

Hans Otto Schwarz.